قد تشرف بتملكه الفقير الى عز شانه
عمر ابن الشيخ محمد المدعو جاوش زاده
عفى عنهما

كتاب النكاح 1	فصل في بيان المحرمات 5	باب الاولياء والاكفاء 18
فصل في الوكالة في النكاح 29	باب المهر 31	فصل 49 باب نكاح الرقيق 51
باب نكاح اهل الشرك 58	باب القسم 64	كتاب الرضاع 65
كتاب الطلاق 72	باب طلاق السنة 73	فصل 79 باب ايقاع الطلاق 82
فصل في اضافة الطلاق الى الزمان 87	فصل في تشبيه الطلاق ووصفه 94	فصل في الطلاق قبل الدخول 95
باب تفويض الطلاق 100	فصل في الامر باليد 104	فصل في المشية 107
باب الايمان في الطلاق 113	فصل في الاستثناء 119	باب طلاق المريض 120
باب الرجعة 123	فصل فيما تحل به المطلقة 129	باب الايلاء 133

باب الخلع 138	باب الظهار 148	فصل في الكفارة 151	باب اللعان 158
باب العنين وغيره 163	باب العدة 166	فصل 174 باب ثبوت النسب 177	باب الولد من احق به 182
فصل 184 باب النفقة 185	فصل 191 فصل 193	فصل 194 فصل 198	كتاب العتاق 198
باب العبد الذي يعتق بعضه 206	باب عتق احد العبدين 214	باب الحلف بالعتق 220	باب العتق على جعل 223
باب التدبير 226	باب الاستيلاد 228	كتاب الايمان 235	باب ما يكون يمينا وما لا يكون 237
فصل في الكفارة 240	باب اليمين في الدخول والسكنى 243	باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب 246	باب اليمين في الاكل والشرب 249
باب اليمين في الكلام 254	فصل 256	باب اليمين في العتق والطلاق 258	باب اليمين في البيع والشرى والتزوج 262
باب اليمين في الحج والصلوة والصوم 264	باب اليمين في لبس الثياب والحلي 265	باب اليمين في الضرب والقتل وغيره 266	باب اليمين في تقاضي الدراهم 267
مسائل متفرقة 268	كتاب الحدود 270	فصل في كيفية الحد واقامته 272	باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب 276

فصل 203

كتاب النكاح قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول

هداية

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات
وابتداء من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهرت
في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم
من احكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل
والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة
واما دواعي العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه
وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى
يدعو الى تحقيق ما اعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية
ولا مزجرة فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعي الطبع
بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطي
ثم قيل للتزوج نكاح مجاز الانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح
عقد وضع لتمليك منافع البضع وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه
وشرطه الخاص حضور شاهدين في الانعقاد الا انه بخلاف بقية الاحكام
فان الشهادة فيها للظهور عند الحكم لا للانعقاد وشرطه العام الاهلية
بالعقل والبلوغ والمحل وهي امرأة لم يمنع عن نكاحها مانع شرعي وركنه
الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب هو المتلفظ به اولا
من اي جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر
عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب
لان التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتم الا بالنكاح وما لا يتم الواجب

T.C.
MİLLİ KÜTÜPHANE
RAGIP PAŞA
MÜZESİ
Sayı: 449/2

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ٢٨٣	باب حد الشرب ٢٨٨	باب حد القذف ٢٩١	فصل في التعزير ٢٩٧	كتاب السرقة ٢٩٩
باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ٣٠١	فصل في الحرز والاخذ منه ٣٠٥	فصل في كيفية القطع ٣٠٨	باب ما يحدث السارق في سرقته ٣١٧	باب قطع الطريق ٣١٩
كتاب السير ٣٢٢	باب كيفية القتال ٣٢٣	باب الموادعة ومن يجوز امانه ٣٢٥	فصل ٣٢٦	باب الغنائم وقسمتها ٣٢٨
فصل في كيفية القسمة ٣٣٤	فصل في التنفيل ٣٣٨	باب استيلاء الكفار ٣٣٩	باب المستأمن ٣٤٣	فصل ٣٤٤
باب العشر والخراج ٣٤٧	باب الجزية ٣٥٠	فصل ٣٥٤	فصل ٣٥٥	باب احكام المرتدين ٣٥٧
باب البغاة ٣٦٦	كتاب اللقيط ٣٦٧	كتاب اللقطة ٣٦٩	كتاب الاباق ٣٧٣	كتاب المفقود ٣٧٥
كتاب الشركة ٣٧٨	فصل ٣٨٢	فصل في الشركة الفاسدة ٣٩٠	فصل ٣٩١	
	كتاب الوقف ٣٩٣	فصل ٤٠٠		

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة
وان كانت للاخبار وضعاً فقد جعلت للانشاء شرعاً دفعاً للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما
عن الماضي وبالاخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد
يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة
متن هدايه

الا انه هو واجب وفي حالة الاعتدال سنة وفي حالة خوف الجور
مكروه قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قد ذكرت معنى
الانعقاد في باب البيوع على ما سيأتي وقوله يعبر بهما اي بلفظ وبيان
لان التعبير البيان قال الله تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون اي تبينون
وانما اختير لفظ الماضي للانشاء وهو الكلام الذي ليست لنسبته خارج
تطابقه او لا تطابقه ليدل على التحقق والثبوت فكان ادل على
قضاء الحاجة وقوله على ما نبينه يعني في اول فصل الوكالة في النكاح
وقوله وينعقد بلفظ النكاح بيان الفاظ ينعقد بها النكاح وقال
الشافعي رح لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لانه ان انعقد بغيره
مثل التمليك مثلاً فاما ان انعقد به من حيث انه حقيقة او من حيث انه مجاز
لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين
وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبة
بينهما لان التزويج للتلفيق يقال لفقت بين ثوبين ولفقت احدهما
بالاخر اذا لاءمت بينهما بالخياطة والنكاح للضم والاخير ولا ازدواج
بين المالك والمملوك اصلاً فلا مناسبة بينهما وعلتنا المناسبة بينهما
موجودة لان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بعني ان تمليك
الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادف محل المتعة لافضائه اليه
وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وقيد
بقوله في محلها احترازاً عن تمليك الغلام والبهائم والاخت الرضاعية

وقال الشافعي رح لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازاً عنه
لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلاً ولنا ان التمليك
سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز متن

وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس
بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا متن

المجوسية فانها ليست بمحل لملك المتعة واعترض بان ملك الرقبة اذا ورد
على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح به واجيب بان افساده
للنكاح ليس من حيث تحريم الوطي لا محالة بل من حيث البطلان لعدم مالكيته لها
في مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل
وعدم الاستيفاء بين ما يثبته وينفيه فجاز في الاستعارة وقوله وينعقد بلفظ
البيع يعني بان تقول المرءة بعتك نفسي او قال ابوها بعتك ابنتي بكذا
وكذا بلفظ الشرى بان قال الرجل لامرءة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم اشار
اليه محمد في كتاب الحدود وقوله هو الصحيح احترز عن قول ابي بكر الاعمش
انه لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص بتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس بمال
ووجه الصحيح وجود طريق المجاز وقوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح
احترز عن قول الكرخي رح انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح منفعة
في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض اجراً في قوله تعالى
فآتوهن اجورهن وذلك دليل على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان
الاجارة لا ينعقد شرعاً الا موقتة والنكاح لا ينعقد الا مؤبداً فكان
بين موجبيهما تناف فلا يجوز الاستعارة وقال المص رح لانه ليس بسبب
لملك المتعة لعدم افضائها اليه ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة
لما قلنا يعني قوله ليس بسبب لملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال
لا توجب ملكاً اصلاً فان من احل لغيره طعاماً او اباحه له لا يملكه فانما
يتلفون على ملك المبيح ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافاً
ينعقد

ولا بلفظة الوصية لأنها توجب الملك إلى ما بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرين بالغين عاقلين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم أن الشهادة شرط في النكاح لقوله عم لا نكاح إلا بشهود وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار

أي ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح إلى ما بعد الموت لم يصح لأن ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غيرهم أما اشتراط الشهادة فلقوله عم لا نكاح إلا بشهود ذكر وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فيجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الشهادة حتى لو أعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب أن الإعلان يحصل بحضور الشاهدين حقيقة وأما اشتراط الحرية فلأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية والشهادة من باب الولاية واعترض بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء أو أبى وذلك إنما يحتاج إليه عند الأداء وكلامنا في حالة الانعقاد فلهذا ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين إذ الولاية لا يحتاج إليها في عقده وأجيب بأن الأداء يحتاج إلى الولاية المتعدية وليست بمرادة هاهنا وإنما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر أمر النكاح كاشتراط أصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الإسلام قال الكمال رح لأنه لا شهادة للكافر على المسلم يعني أنه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم فيه النظر الذي مر أنه ليس المراد به الأداء حتى يكون الولاية شرطا والجواب أنا قد ذكرنا أن الشهادة وصف الشاهدين إنما كانت تعظيما ولا تعظيم يثبت بسبب حضور الكفار ولا اشتراط وصف الذكورة حتى ينعقد

ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين لأنه لا شهادة للكافر على المسلم

٣

ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي وستعرف في الشهادات إن شاء الله تعالى ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رح له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره لأنه من جنسه

بحضور رجل وامرأتين خلافا للشافعي رح ووعد المص رح بيان ذلك في الشهادات ونحن نتبعه في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول الشهادة من الكرامة لأنه في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير إكرام له لا محالة والفاسق من أهل الإهانة لجريمته ودليله تم بأن يقول والفاسق ليس من أهل الكرامة ولكن عدل عنه إلى ما ذكر لأنه يستلزم ذلك وفيه تصريح بأنه يستحق ما هو أعظم من ترك الإكرام وهو الإهانة ولنا أن الفاسق من أهل الولاية على نفسه لأن له أن يزوج نفسه وعبده وأمته ويتصرف بما يتعلق بنفسه من القتال وغيره فكل من هو من أهل الولاية فهو من أهل الشهادة لأن الشهادة من باب الولاية فإن قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة فلا نسلم أن من كان من أهل الولاية القاصرة من أهل الشهادة لأن الشهادة من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة لأنها متعدية إلى الغير أجاب بقوله وهذا إشارة إلى أنه من أهل الشهادة لكونه من أهل الولاية يعني لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره لأنه من جنسه كما أن أهل الذمة لهم ولاية على أنفسهم فلهم الولاية على غيرهم من أهل الذمة لأنه من جنسه وهذا بناء على أن الفسق لا يخرج المرء من أهلية الشهادة على الأداء وفيه الالتزام فلأن لا يخرج عنها على الانعقاد ولا التزام فيه أولى ولأنه صلح مقلدا كالحجاج وغيره فإن الأئمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قلما خلوا واحد منهم عن فسوق فيصلح مقلدا أي قاضيا فكذا شاهدا لأن الشهادة

ولانه صلح مقلِّدا فيصلح مقلَّدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من
اهل الشهادة تحمّلا وانّما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان
وابني العاقدين **قال** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لانّ السماع في النكاح شهادة

والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه يفهم منه ان يكون اهلية الشهادة
مرتبة على اهلية القضاء وقد ذكر في كتاب ادب القاضي انّ اهلية القضاء
مستفادة من اهلية الشهادة ولو قال بالواو لكان احسن **لا** يقال يجوز ان
يكون مرتبا على مقلِّد بكسر اللام لانّ اهلية السلطنة ليست مستفادة من
اهلية الشهادة لانّ عكسه كذلك **و**الجواب انّ معنى كلام الاداء كان الفسق
لا يمنع عن ولاية هي اعمّ ضررا فلأن لا يمنع عن ولاية عامة الضرر او خاصة
اولى والترتيب على هذا الوجه غير خارج الصحة ولو قال الفاسق من اهل الولاية
القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكان الولاية
قاصرة لكان اسهل تأمّل ويشعر بحضور المحدود في القذف لانه من اهل
الولاية على ما مرّ فيكون من اهل الشهادة تحمّلا لا اداء **فان** قلت النكتة المذكورة
في الفاسق اولا تقتضي ان يكون للمحدود في القذف شهادة منعقدة ولم تكن
فكانت منقوضة **قلت** كان كذلك لولا النص القاطع وقوله وانما الفائت ثمرة
الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان معذرة عن عدم
قبول شهادة المحدود في القذف بعد ما كان من اهل الولاية كالفاسق ويجوز
ان يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته آنفا والطريق الذي ذكرته في
في الفاسق اسهل مأخذا **قال** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين
جاز وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر لا يجوز لانّ السماع اي سماع كلام العاقدين من الايجاب
والقبول في النكاح شهادة وهذا ظ لانا لا نريد من الشهادة على النكاح

ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم منه
ولهما انّ الشهادة منه

الا ذلك

قال المصنف وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم اقول يقال لو جازت ... لما ... شهادة الكافر على المسلم والتالي باطل الا انها عدلا عنه

ولا شهادة

والقضاء

ولهما انّ الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محلّ ذي خطر لا على
اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا
كلام الزوج لانّ العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد منه
ومن امر رجلا

الا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم وهذا بالاتفاق وكانهما
لم يسمعا كلام الزوج ولهما انّ الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار
اثبات الملك وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت على
اعتبار اثبات الملك عليها وكلّما شرطت على اعتبار اثبات الملك
عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها وبيّن المقدمة
المقدمة الاولى بقوله لوروده على محلّ ذي خطر وتقريره انّ الشهادة
في النكاح حال الانعقاد امّا ان يكون لاثبات المنفعة على اباحة محلّ الخطر
المحلّ او لاثبات ملك المهر عليه والثاني منتف لانّ المهر مال ولا يكون
الاشهاد على لزوم المال اصلا وامّا المقدمة الثانية فلانا قد علمنا بالاستقراء
انه لا شيء يشترط في اثبات ملك المنفعة عليها الا الشهادة فالشهادة خارج الولاية ليس
بشرط عندنا واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها
كان الذميان شاهدين عليها وشهادة اهل الذمة على الذمية جائزة
قوله بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر وتقريره الشهادة
في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام
المسلم لم يشهدا على العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها
بحضرة رجل واحد فلا يخلو اما ان يكون الاب حاضرا او غائبا فان كان
حاضرا جاز النكاح لانّ الاب يجعل مباشر العقد ويكون الوكيل شاهدا
لانّ المجلس متحد فيجوز ان يكون العقد الواقع من المأمور مضافا الى الأمر
من الأمر فكان الوكيل في باب النكاح سفيرا ومعبرا وان كان غائبا
يكون

قال المصنف والشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك عليه بسبب هذا العقد اقول ينبغي على اعتبار هذا الكلام لقوله ان الشهادة شرطت في النكاح فلا يخالف فليتأمل

قوله وتركيب الحجة هكذا اقول ينبغي ان يتصور تركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شهادة شرطت على اعتبار اثبات الملك عليه وكل شهادة شرطت على اعتبار اثبات الملك عليه شهادة عليها

او انه سال

قوله اما المقدمة الثانية اقول فيه بحث فان المراد اثبات ملك المنفعة عليها في النكاح والشهادة لا تحتاج الى ... وليس كذلك بعد قول المقدمة الثانية لا تحتاج الا ... في اثبات الزام المطلوب كون الشهادة من شرائطه كما لا يخفى على من يعرف تفصيل تركيب الحجة

وفيه امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز
النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا
وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج
الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز ش

لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا مع عدم حضوره
في مجلس المباشرة قال في النهاية هذا التكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى
لان الاب يصلح ان يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى تكلف المباشرة
من المأمور الى الآمر حكما وانما يحتاج اليه في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا زوج
الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة
الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها واذا كانت غائبة لم يجز
لان المثنى انما يعتبر ان لو تصور تحقيقا واقول ارى انه لا فرق
بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف وذلك لان الاب
اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح امر به لان الوكيل
سفير ومعبر فكان الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهدا
واذا انتقل اليه المباشرة صار هو المزوج [illegible] من كل وجه
فجاز ان يكون الوكيل شاهدا وهو المطلوب بالنوع يبتنى هذه المسئلة وينبغي
ما اذا وكل رجلا ان يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل والعبد حاضر فانه
لا يجوز مع امكان جعل العبد مباشرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين
كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل فانه يجوز
واجيب بان العبد ليس موكلا حتى ينتقل مباشرة الوكيل اليه وينبغي
شاهدا فيبقى الوكيل على حاله فرقا بخلاف ما اذا باشر المولى بحضرة العبد
فان العبد حينئذ يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون
النكاح بحضرة شاهدين لان انتقال المولى بتوكيل عن العبد فكيف ينتقل

قال المص لان الاب يجعل الخ اقول فيه بحث اذ الظاهر ان يقول بدل قوله لاتحاد المجلس وبدل قوله لان المجلس يختلف لحضوره في المجلس ولعدم حضوره في المجلس

قوله واقول ارى انه الخ اقول يؤيده كلام صاحب النهاية على ... في المهر انه في باب ... معتبر لا عاقد مباشر تزويج الصغيرة سفير

للعقد معا

قوله لا انتقال المولى ... اقول هذا الكلام جار في المسئلة السابقة

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال او النساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم
وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة او ثبت حرمتهن بالاجماع قال ولا ببنته
لما تلونا قال ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات
اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات
المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة منه

مباشرة اليه لان العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا
لعدم امكانه مباشرا لما قلنا ان المثنى انما يعتبر ان لو تصور تحقيقا

فصل في بيان المحرمات لما كانت من بنات آدم من اخرجها الله تعالى عن محلية النكاح بالنسبة
الى بعض بني آدم احتاج الى ذكرها مفصلا على حدة واسباب حرمتهن متنوعة الى تسعة
انواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم الحرة على الامة وحق الغير
من نكاح او عدة والشرك وملك اليمين والمطلقات الثلاث وكل ذلك مذكور في الكتاب
لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال او النساء لقوله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم ودلالته على حرمة الام ظاهرة واما على حرمة الجدات فباعتبار ان الام
في اللغة هو الاصل يقال لمكة ام القرى فيكون دالا عليهما باعتبار معنى يعمهما
لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز او ثبت حرمتهن بالاجماع وهذان
المسلكان يسلكهما في كل ما فيه خفاء الموافقة ايضا كالبنات وبنات اولادهن
بنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمات والخالات
متفرقة كانت او غير ما تناولها النص بجهة عموم الاسم هذا ما يتعلق
بالقرابة ويحرم ام امرأته ... كانت مدخولا بها او لم يكن لقوله تعالى وامهات
نسائكم من غير قيد بالدخول ويحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول
بالنص وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وليس كونها في الحجر شرطا
قال اللهم لان ذكر الحجر في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم خرج مخرج العادة
فان العادة ان يكون البنات في حجر زوج امها غالبا اي في تربيتها لا على وجه
الشرط واستوضح ذلك بقوله ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول

قال ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت
امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر
الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ش

قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة

ولم يشترط في الدخول مع نفي الحرمة حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في التجويز ثم ان الاباحة تتعلق بنقيض ما تتعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز ان يكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهي الدخول والحجر فينتفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلا على ان الحرمة غير متعلقة بالحجر واجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا او نفي العلة مطلقا لا نفي احدهما والسكوت عن الاخر لا يقال لا يجري في حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة بيع جنس بجنس البدلين لانه لم توجد فيه الجنسية او لم يوجد القدر مع الجنس او نقول لم يوجد علة الربا وتحرم امرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما ان يكون المراد بالاب الاصل فيتناول الاباء والاجداد كما يتناول الام الجدات واما بالاجماع واما المراد بالنكاح ان كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الاولى وتحرم امرأة الابن نسبا او رضاعا وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الاب سواء دخل بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص عن الدخول واما حليلة ابن الابن فباعتبار ان المراد بالابن هو الفرع كانه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت وان سفلوا او بالاجماع فان قيل قوله تعالى من اصلابكم يأبى ذلك اجاب بان ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم

بان لم يوجد القدر صح

قال ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين قال تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة

وقصته ان رسول الله عليه السلام تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله تعالى التبني بقوله ادعوهم لآبائهم ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة وتحرم ام الرجل من الرضاعة واخته منها لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق بالرضاع وتحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح او بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين على الاطلاق وسرى حكمها الى كل امرأتين لو فرضت احديهما ذكرا حرمت الاخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان في النسب او الرضاع ومن له امة وتزوج اختها جاز سواء كان وطئ الامة او لم يطأها لانه صدر من اهله وهو واضح مضافا الى محله لان الاخت المملوكة وطئها سبب الاستخدام وهو لا يمنع نكاح الاخت ثم ان كان وطئ الامة لا يطأها بعد ذلك وان لم يطأ المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة حكما فلو وطئ الامة يكون جمعا بين الاختين بوطئ احدهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لو كان قائما مقام الوطء حتى تصير المنكوحة موطوءة حكما وجب ان لا يجوز عقد النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا حكما فانه به ... واجيب بان نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطئا بعد ثبوت حكمه

قال وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فح يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما انتهى هداية

فان تزوج اختين في عقدين ولا يدري ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احدهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للتجهيل بالاولوية فيتصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة صح هداية

وهو حرمة الوطء فلا يكون وطء الامة مانعا عن النكاح ولا وطء المنكوحة الصحيحة الجمع بينهما الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج لان ذلك الوطء قائم حكما فيجب لو اراد ان يبيع يستحب الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطئا حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء لزواله معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة او حكما الا انه تحل لزوجها ان يغشاها فيحل له ان يطأ المنكوحة لعدم الجمع وان لم يكن وطئ المملوكة جاز له ان يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا الا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما قوله فان تزوج اختين في عقدين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما قيده بعقدين لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا يجب شيء من المهر وقيده بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية فحرمه لان نكاح احدهما باطل بيقين لعدم مراعاة الترتيب في الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ يعني الى تصحيح في احدهما بغير عينها لعدم الفائدة وهي حل القربان للزوج لانه لا يثبت مع الجهالة او للضرر يعني في حقهما لان كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا كان للرجل اربع نسوة فطلق واحدة منهن بغير عينها فتشتبه فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق واجيب بان الفارق تمكن الزوج ثمة من دعوى ثلث منهن باعتبار ان نكاح واحدة منهن كان ثابتا بيقين وليس هنا كذلك فيه شيء من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح في احدهما

قوله فيصير جامعا بينهما اقول فيه [illegible]

قوله وبالتحريم على نفسه اقول فيه بحث فانه كان ينبغي ان يجب تحريم الموطوءة على نفسه بعقب النكاح بسبب من الاسباب لئلا يلزم الجمع فانه وطئها حكما كما في الحقيقة ولا يباح الجمع بينهما

قوله لزوال الاشتغال رحمها بمائه اقول فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يجب الاستبراء على البائع قلنا ذلك ليس للاشتغال بل للحديث على ما فصل في صدر الشريعة

ولا يجمع بين المرأة وعمتها وخالتها وابنة اخيها وابنة اختها لقوله عم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله

ولا يجمع

اي بمثل هذا الحديث المشهور

تمسكا بالتعيين فيتعرض بينهما وقوله ولهما نصف المهر يعني بينهما نصفا لانه وجب للاولى منهما اما انه وجب فلان الفرقة وقعت بسبب من جانب الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى وتقرر لكلام المهر للاولى منهما لما قلنا وليس احدهما بكونها اولى اولى للتجهيل بالاولوية وفي بعض النسخ بالاولوية فيتصرف فيهما وقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر لا بد ان تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى واما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين كان اول لا يقضى لهما بشيء حتى يصطلحا لان الحق للمجهول فلا بد من الدعوى او الاصطلاح ليقضى لهما وصورة الاصطلاح ان تقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي قال ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس وجابر كذا في العناية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة وابن عمر وابو سعيد وعبد الله بن عمرو وابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى وسمرة بن جندب رضي الله عنهم وهو حديث مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل ما فائدة التكرار لحكم واحد بصيغتين مختلفتين في موضعين قلت المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها انه لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المرأة وبين عمتها على وجهين جمع المرأة بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها على وجهين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب بان شمس الائمة

قال المصنف ولا يجمع بين المرأة وعمتها وخالتها او ابنة اخيها اقول تكرار العبارة [illegible]

بصفتين

يعني ان لا يجمع

ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة محرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل — من هداية

السرخسي قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النفي لثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال ولقائل ان يقول في عبارة المص تسامح لانه قال وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث يخصصه سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا ولم يثبت مقارنته ويمكن ان يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيما انه تطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تع ولا تنكحوا المشركات نسخ عموم قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم بتقديره فيما فر الشك بتكرر النسخ فيجوز ان ينسخ بخبر مشهور ما بينا وله ~~الحذاق المتقنين~~ عما ذكرناه ولا بأس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتقنين ان كان القواعد الاصولية على ذكر منك وقوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لان الجمع بين المرأة وعمتها محرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهذا موجود فيما نحن فيه ولا يمكن ان تجعله ثابتا بالنص بقوله تع وان تجمعوا بين الاختين

قوله سلمنا جواز الاصطلاح اقول فيه بحث فان الايراد الثاني لا يرد على ... بل على ... ان التخصيص

ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر رح لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له ان يتزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له ان يتزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب — من هداية

كما قدمته

ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رح الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة — ومن هداية

كما قدمته وهلموا وقوله ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى ما خرجه من الرضاع الحديث وقوله ولا بأس بان يجمعوا بين امرأة ... ظاهر ونسب في المبسوط قول زفر هذا الى ابن ابي ليلى وقوله والشرط ان يصور ذلك من كل جانب يعني كما في الاختين كذلك لان ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون الفرع على وفاق الاصل وقد جمع عبد الله بن جعفر بين امرأة علي رضي الله عنه وبنته وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع

قال ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع اراد ان يبين ان الزنا هل يوجب حرمة المصاهرة او لا وذكر الخلاف قال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه ولنا ان الوطء سبب الجزئية وتقريره ان الولد جزء من جاء منه ماؤه والاستمتاع بالجزء حرام اما ان الولد جزء من هو منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطء فانه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا يقال ابن فلان وابن فلانة فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه ويصير اصوله وفروعه كاصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكان الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لانها جزء الواطئ اجاب بقوله والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة لانها لو قيل والوطء محرم من حيث سبب الولد لا من حيث انه زنا

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رح لا تحرم — متن

قال المولى ان الوطء اقول فان الولد ... منفصل ... بالتقابض

قوله اراد ان يبين اقول فكان الانسب ... الاختلاف

قوله وتقريره ان الولد ... اقول ...

قوله فان قيل لو كان كذلك اقول ... السؤال ... كما لا يخفى

وعلى هذا الخلاف مسّته امرأة بشهوة ونظرت الى فرجه او نظر هو الى ذكرها عن شهوة له ان المسّ
والنظر ليس في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال
فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط

قوله بعد ما ولدت اقول بل بعد الوطء وبه اولى في اثبات المطلوب والنقض [illegible]

بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض
لانه ما شرع الا للتوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها
وذلك خلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول الانسان آدم عم
وقد حرمت عليه بناته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثنى موضع الضرورة في حق
هي امرأته وقوله والوطء محرم من حيث انه سبب الولد جواب عن قوله حرمة
المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور وبيانه ان الوطء ليس بسبب للحرمة من حيث
انه حتى يعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمنع وعدمه ولا من حيث انه زنا وانما هو
سبب لها من حيث انه سبب للولد اقيم مقامه كالتراب مع المشقة ولا عدوان ولا
معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لانه لا يجاز ولد عصيان
او عدوان والشيء اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة اصله لا صفة نفسه
كالتراب في التيمم وقوله ومن مسته امرأة بشهوة بيان ان الاسباب
الداعية الى الوطء في اثبات الحرمة كالوطء في اثباتها قال الفقيه ابو الليث
تأويل المسئلة اذا صدق الرجل المرأة انها مسته عن شهوة ولو كذبها
ولم يقع في اكثر رأيه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا تحرم عليه امها وبنتها
فان قيل ذكر مسئلة الدواعي تكرار لان نفس الوطء الحرام اذا لم يوجب الحرمة
عنده لا يوجبها دواعيه اولى اجيب بانه انما كانت تكرارا ان لو كانت عند
الشافعي مقصورة في الحرام فقط وليس كذلك بل هي في الحلال ايضا مثل ان
مسته امة مولاها كذلك عنده انه لم تتميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب
الحرمة والشافعي رح في شمول العدم له في الحلال ما ذكر في الكتاب ان المس

قوله هو الاصل اقول اي حرمة [illegible] ادم عليه السلام

قوله فان قيل ذكر الخ اقول اي ذكر خلاف الشافعي فيها فان الاولوية في جانبه لا تخفى على عبارته قصور

والنظ

ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل
ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها
لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر [illegible] هداية

والنظر ليس في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب
الاغتسال وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول لان الملحق لا بد وان يكون
في معنى الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطء والسبب الداعي الى الشيء
يقام مقامه في موضع الاحتياط وهذا لانا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء
في حرمة الابضاع الا ترى انه اقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها
في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ووضع الزكوة ومنع قبول الشهادة
فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا وفي الصوم والاحرام ووجوب
الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء في ثبوت
الحرمة لكونه سببا داعيا اليه والجواب ان النظر الى الفرج المحرّم وهو ما يكون
نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو لا يحل الا في الملك والنظر في ذلك
انما لا يكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فانظر بعد هذا في ان النظر
الى المحل الحلال في الملك وغيره خلاء وملاء هل يكون في كونه داعيا الى الوطء
دعوى النظر ذلك اليه اولا اراك قائلا بذلك الا مكابرا وعرف المس بشهوة
بان تنتشر الآلة يعني اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس او تزداد انتشارا
اذا كانت منتشرة قبل ذلك وقوله هو الصحيح احتراز عن قول كثير من المشايخ
فان في الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان
يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها واختار الفقيه قول شمس الائمة السرخسي وشيخ
الاسلام قال في النهاية هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا او عنينا
فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك او يزداد الاشتهاء ان

[illegible]

بلغ

واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رح ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد

متن هدايه

ان كان منتشرا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي رح لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الالة وكان يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة وهو اقرب الى الفقه وقوله والمعتبر النظر ظاهر في لو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة ~~في هذه الزيادة ان كانت للعقب~~ وكان يفتي به شمس الاسلام الاوزجندي ووجهه ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان لم تكن لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلافها والذي اختاره المص في الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص محمد في باب اتيان المرءة في غير مأتاها من الزيادات ان الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا الصحيح لما يجيء انه اي المس بالانزال غير مفض الى الوطي والمس المفضي اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال هو ان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم يثبت والا ثبت لا ان يكون معناه ان حرمة المصاهرة يثبت بالمس ثم بالانزال يسقط ما ثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبت لا تسقط ابدا واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق بائن كالطلاق على مال او ثلاث جاز لانقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا ان لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية فان النكاح الاول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة المرءة بحال لو جاءت بولد يثبت النسب منه فان هذه كذلك ما دامت في العدة لا نزاع فيها فهذه

الاحكام

ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

متن هدايه

الاحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة على النكاح فاما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام وقوله والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ووجهه انا لا نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق فانه قال معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن للزوج اذا انكره فنفي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعى يثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطي في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولئن سلمنا ذلك بناء على ما هو عبارة كتاب الحدود وهي ما قال ان من طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذلك باعتبار ان الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطي في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش وهو ليس ذلك الا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا بقيامه في التزوج بالاخت احتياطا في التفادي في جمع عن الجمع بين الاختين قال ولا يتزوج المولى امته لا يتزوج المولى امته ولا المرءة عبدها خلافا لنفاة القياس استدلوا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولنا ان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين كما انه يجب للزوج عليها الرد في حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطيها ودواعيه شرعا والمنع

ولا يتزوج المولى امته ولا المرءة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة

متن

عن الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حقوق يقتضي مالكيتها عليه
كطلب النفقة والكسوة وايراد السكنى والقسم والمنع عن العزل والتقسيم بمصالحها
الراجعة الى الزوجية فكان النكاح مشتملا على الايجاب على هذه الثمرات المشتركة بينهما
فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية
والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء في التنافي بينهما واعترض بانهما من جهتين
مختلفتين ولا تنافي واجيب بمنع اختلاف الجهة بان كون المرأة مالكة بجميع
اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة ايضا انما هو بالنسبة الى العبد
فلم تختلف الجهة ولقائل ان يقول المرأة بجميع اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست
مالكة لمنافع بضعه فجاز ان يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان
النكاح عقد على ملك منافع البضع وملوكم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا
ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث اجزائها فاختلفت الجهة
وانتفى التنافي والجواب انا لا نسلم انها تملك منافع بضعه فانها تقدر على الالحاح
بالاحضار والجبر من غير ضمان بلحوقها فكان العبد مملوكا من حيث انه مالكا
فاتحدت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عما استدل به نفاة القياس من الاية
فبانها تعارضها قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم خاطب
الله تعالى الموالي بانكاح الاماء لا بنكاحهن فان قيل الاية ساكتة عن بيان
نكاحهن والساكت ليس بحجة فالجواب ان الموضع موضع بيان ما يحل
من انواع النكاح والسكوت في البيان موضع الحاجة الى البيان بيان ويجوز
تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب قال المص

ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق
بين كتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى صدايه

ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا
آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن صدايه

اي العفائف فيتزوجن بذلك احترازا عن قول ابن عمر فانه فسرها بالمسلمات وليست
العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة او للدلالة على الاولوية وجه الاستدلال
ان الله تعالى قال اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم
حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي واحل
لكم المحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالته
على الحل ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد بعض بعد استيطا حيث
قال ويجوز تزويج الامة ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة
اهل الكتاب اي اسلكوا فيهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء
الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف رض ولا يجوز تزويج
الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولو بعمومه يتناول الوثنية
وهي من يعبد الصنم وغيرها واعترض بان اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى
قالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه
عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك يقع على
اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح
الكتابيات وقد بينا ادلة جوازه مسندا بقوله تعالى والمحصنات من الذين
اوتوا الكتاب والجواب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله ولم يكن
من الذين اوتوا الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله
عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار
والرهبان اربابا باشراك المشركين وسرى ذلك الى الفعل ثم استعمله

ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرؤون الكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا
يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على
اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم هداية

وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان فان قيل اتخاذهم ذلك اربابا من الشرك
لا مشبه به قلت فيه الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوا اربابا حقيقة وانما
كانوا يعظمونهم تعظيم الارباب فان قلت فما تقول في تاويل ابن عمر لقوله تعالى
والمحصنات باللاتي اسلمن من اهل الكتاب قلت لسنا ناخذ به لتراخيه اذ ذاك
عن الفائدة فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة
انه تزوج يهودية وكذا عن كعب بن مالك رض قال ويجوز تزوج الصابيات
ان كانوا يؤمنون بدين نبي الصابئة من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم
عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح انهم
جنس من اهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على ما ذكر في التفسير من
قوله والخلاف المنقول فيه يعني بين ابي حنيفة وصاحبيه ان النكاح صحيح
عنده خلافا لهما محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب بما وقع عنده ووقع عند
ابي حنيفة انهم من الكتاب يقرؤون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها
كتعظيم القبلة في الاستقبال اليها ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب ولا
كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذا الاختلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان
كانوا كما قال ابو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا
يجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا ويجوز تزوج المحرم والمحرمة
في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزويج المحرم وليته على هذا الخلاف
له ما روي عن عثمان بن عفان قال قال رسول الله صلعم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا
يخطب ولنا ما روي ابن عباس انه عم تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى

قوله فان قلت فما تقول في تاويل ابن عمر اقول فيه بحث فان تاويل ابن عمر رض ليس في قوله والمحصنات من المؤمنات بل في قوله عز وجل والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب كما

قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رح لا يجوز وتزويج الولي المحرم
وليته على هذا الخلاف هداية

له قوله عم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عم تزوج ميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي
ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رح لا يجوز للحر ان يتزوج امة كتابية لان
جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة
هداية

الترمذي حديث ابن عباس حسن صحيح فان قلت النكاح مما يثبت به حرمة
المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم قياسا على الوطي او الحان المحرمات منتعار صحبي
قلت ما رواه محمول على الوطي اي لا يطأ ولا يمكن المراة ان تطأها من هو
فعل البعض فكان العكس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد ويجوز تزوج
الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة
كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق او الولد
يتبع الام في الرق وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة
فلا حاجة الى الكتابية ولهذا اي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه اي من
تزوج الامة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة مطلق
مسلمة كانت او كتابية لاطلاق المقتضي وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء
وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء المانع الذي ابداه وهو تعريض الجزء على
الرق لان فيه اي في الاقدام على نكاح الامة امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه
معا لانه لم يوجد بعد وبعد وجوده في الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية
الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لان له ان لا يحصل الاصل
بالعزل برضى المراة وبتزوج العجوز والعقيم فلان يكون له ان لا يحصل وصف الحرية
بتزوج الامة اولى ولا يتزوج امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال الشافعي
يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضى الحرة وجه الشافعي ان تزوج الامة الممنوع
لمعنى في المتزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد
في العبد لانه رقيق بجميع اجزائه ووجه قول مالك ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت

قوله فان قلت النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة اقول اذا تعلق المحرم بالوطي نفسه يكون اقرب في فساد النكاح لانه لبطلان العقد

قوله قلت ما رواه محمول اقول مع ان العقد صحيح والقياس الصحيح فيه لانه عقد كسائر العقود لا يمنع منه المحرم كشراء الامة للتسري وغيره وقوله ما رواه محمول على الوطي اي لا يطأ المحرم ولا يمكن المحرمة من نفسه ان توطأ ولا يخطب الى الوطي ولا يلزم ان يكون ولا ينكح بالبناء لان المحرم يتناول المحرمة ايضا

ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر
لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف هداية

ولا يتزوج امة على حرة لقوله عم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح في تجويز ذلك للعبد وعلى مالك رح في تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في كتاب الطلاق انشاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام هداية

فقد اسقطت حقها لنا ما ذكر محمد بن الحسن في مبسوطه بلغنا عن رسول الله عم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الرق في مقابلة النص غير معتبر فان قلت جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت او كتابية باطلاق المقتضي بما تلوتم فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضي موجودا لكن المانع خبر مشهور وهو الذي اشار اليه المص بقوله ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق فيثبت حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ولا علينا ان نقرره ههنا ونقرره ان الحل الذي يبتنى عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء جميعا وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا فكذلك يتنصف برق المرءة لان الرق هو المنصف وهو يشملهما ولا يمكن اظهار هذا التنصيف ~~باعتبار الحالة بعد~~ ذلك بنقول في جانبها بنقصان العدد لان المرءة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلثة حالة ما قبل نكاح الحرة وحال بعده وحال المقارنة وتلك الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فتجعل الحالة سابقة على الحرة والحرمة مقترنة بالحرة او متاخرة عنها وهذا الفقه وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع عن العمل باطلاق المقتضي فتامل فانه غريب ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها في ز العمل باطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة رح

ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها هداية

قوله وهو الذي اشار اليه المص اقول ... وكون الرق ... فظاهر ... [illegible]

قوله وهذا الفقه وهو بطلان ... اقول فيه بحث ... [illegible]

فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند ابي حنيفة رض ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها ~~لا يحنث~~ لم يحنث بهذا ولابي حنيفة رض ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها هداية

ويجوز عندهما وجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظ ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امرءة في عدة اختها من طلاق بائن فانهما لم يجوزاه كابي حنيفة وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هناك الجمع حتى اذا تزوجها في عدة اختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكنه باعتبار ادخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل ان يقول نكاح الاول قايم ما دامت في العدة اولا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك المسئلة وقد نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرقا في ضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره قال وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاماء او منهما اذا قدم الامة على الحرة ولا يتزوج اكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع نص على العدد والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا انه عدد لكن لا نم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عم قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ومني ودم بالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه عم نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الاول انه بحسب الاصل من الاعداد وان استعمل وصفا وعن الثاني بان معناه انما يغسل الثوب من نجس خارج من بدن الادمي لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سال

وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رح لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلوناه اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار هداية

ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك رح يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى يملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية وان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رح وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

عن النبي عليه السلام وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع او ثمانية عشر لان الواو للجمع اجيب بان هذا الوهم الذي اوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين افضل الموجودات من اختصاصه بذلك لفضيلة النبوة وازدياده عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية عشر نظرا الى صيغ المعدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما توهموا لان المراد مثل هذا الكلام احد هذه الاعداد وقال النواوي لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك فقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على الاربع من النسوة حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد في عصر النبي عليه السلام ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين اكثر من اربع نسوة نكاحا وقال الشافعي لا يتزوج الحر الا امة واحدة لانه اي نكاح الامة ضروري في الحر عنده كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة والحجة عليه ما تلوناه يعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فان اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان آيته مذكور بلفظ النساء ويتناول الامة المنكوحة ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه كما انه لا يملك المال ولهذا قال جاز له ان يتزوج بغير اذن المولى كما ان له ان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق منصف على ما سيجيء في الطلاق كما وعدناه فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف

عدم ضرورة

قال فان تزوج حبلى من الزنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطئ كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني

الحرية وعملكه اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب القسم وتنصف قسمها وقوله فان طلق الحر احدى قال فان تزوج حبلى من الزنا اي اذا تزوج حاملا ان يكون الحمل ثابت النسب اولا فان كان الاول فالنكاح باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وقال ابو يوسف النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل اي في الحمل الثابت بالنسب انما كان لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه والى هذا اشار بقوله فاشبه حمل الزنا على الحمل الثابت بالنسب بعلة انه حمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحمل الثابت بالنسب لم يدخل تحت هذا النص قلت لمكان قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فان قيل لو كانت من المحللات لجاز وطئها بعد ورود العقد عليها اجاب بقوله وحرمة الوطئ كيلا يسقي ماءه زرع غيره وحرمة الوطئ لعارض لا ينافي الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس وقوله والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف وتقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني وقوله فان تزوج حاملا من السبي صورته ان تسبى الجارية حاملا فيدخل بها ان يتزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت وكان الماء محترما واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة وقوله وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل

قوله فان النسب من زوجها ثابت الى قوله فيه تأمل

فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه
فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع
بين الفراشين الا انه غير مؤكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل قال
ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه
من غير دعوة الا ان عليه
ان يستبرئها صيانة لمائه
هداية

لانها فراش لمولاها لوجود حقيقة وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد
منه وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين
فانه سبب للحرمة في المحصنات من النساء فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها
حائلا ايضا اجاب بقوله الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان
وكان فراشا ضعيفا فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل لان الحمل مانع في الجملة وكذلك
الفراش فعند اجتماعهما يحصل التأكد فان قيل ان كان غير متأكد ينتفي الولد بالنفي
من غير لعان وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي
دلالة كما اذا قال لجارية له ولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني
فانه ينتفي نسب الباقيين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي
مثله يجوز النكاح كما تقدم اجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم
تخالفها صريح فالصريح هنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه
قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا اقر به وانما ذكر
لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد
بالفساد هناك البطلان ايضا على ما ذكره فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك
في باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع والتوالد
والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان الحرمة
في المتقدمتين اهون اما في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظ
واما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن ابي حنيفة انها اذا تزوجت جاز
النكاح لانها ليست بفراش لمولاها لعدم حد الفراش الذي ذكرنا فانها لو جاءت

واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رض وقال محمد رح
لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء
ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء
لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال
محمد رح لا احب له ان يطأها ما لم
يستبرئها والمعنى ما ذكرنا هداية

يولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال
الشافعي رض معنى عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان هذا اللفظ
غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المص فيحتمل انه اراد به الاستحباب
صيانة لمائه وقد صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب واذا جاز النكاح
جاز للزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى ولو تحقق
الاشتغال بماء الغير كان الوطي حراما فاذا احتمل ذلك يثبت التنزه
كما في الشراء فان الموجب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح
اورث ضعفا في السبب فيكون مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح
من غير حبل زان والحكم بجواز النكاح في مسئلة امارة فراغ الرحم لان النكاح
لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محترم واذا كان الرحم فارغا لا يؤمر
بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب وانما قدم الاستحباب
وكان حقه التأخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب وكان نفيه يوجب الاستغناء
عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهم واما ليتصل بقوله بخلاف
الشراء فان الاستبراء فيه واجب ومن تذكر ما سلف من المسائل تفطن لما
ذكرنا من العقود التي لم يصرح بذكرها الكتب استغناء عنها بما تضمن كلام من سلف
وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق
وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ
والا لكان حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله وكذا اذا رأى

ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رحمه الله
هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رض وابن عباس
رض صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة
شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة متن

امرأة تزني ظاهر وقيل ينبغي ان لا يكره لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة
عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض الاحتمالان احتمال وجود
الحمل وعدمه فعند ذلك رجحنا جانب العدم لاصالته ونتقوى الاصالة
بعدم حرمة صاحب الماء **قال** ونكاح المتعة باطل صورة المتعة
ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال او
يقول خذي هذه العشرة لاستمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام
او لم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك هو جائز وهو الظاهر من قول ابن عباس رض
لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة
وبيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية
عن علي بن ابي طالب رض ان مناديا رسول الله عم نادى يوم خيبر الا ان الله
ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع ابن سبرة رض قال احل رسول الله عم
المتعة عام الفتح ثلاثة ايام فجئت مع ابن عم لي الى باب امرأة ومع كل واحد
منا بردة وكانت بردة ابن عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة كانها دمية
عجبها [illegible] عنده ما خلى الصبح اذا مناديا رسول الله عم ينادي الا ان الله
ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجتمعت الصحابة رض على ان
المتعة قد انتسخت في حق النبي عم فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهرة
لان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح فان قيل اين الاجماع
وقد كان ابن عباس مخالفا اجاب بقوله وابن عباس صح رجوعه الى قولهم وروى
جابر بن زيد ان ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة

ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التوقيت
او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد متن

فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك نظر فانه يروي الحديث
في الموطأ عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن ابيهما عن علي
بن ابي طالب رضي الله عنهم ان رسول الله عم نهى عن متعة النساء يوم خيبر
وعن اكل لحوم الحمر الانسية وقال في المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب
او بعيد وان سمى صداقا وهذه هي المتعة واقول يجوز ان يكون شمس الائمة
الذي اخذ منه المص قد اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة وليس
كل من روى حديثا يكون واجب العمل لجواز ان يكون عنده ما يعارضه او يترجح
عليه والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين الى عشرة
ايام والذي يظهر من عبارة المص في الفرق بينهما شيئان احدهما وجود
لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا انفا في نكاح المتعة والثاني
شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج او النكاح وان
يكون المدة معينة وقال زفر رح هو صحيح لازم لان التوقيت شرط
فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة
ولنا انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة
لا لمقصود مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانه لا يحصل في مدة قليلة
والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا ترى ان الكفالة بشرط براءة
الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقوله ولا فرق بين
ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد انهما
ان ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان

كان النكاح صحيحا لانه في معنى التأبيد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يوضع
شرعا الا كذلك ولكنه يحتمل المتعة فانه اذا قال الى عشرين ايام يحتمل التوقيت
جهة كونه متعة بمعنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل
هذه المسئلة بما اذا اشترط وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح
والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر
لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد
مؤبدا ولهذا الوصف الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا
واما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا فيما قاطعه ولهذا اوضح التوقيت
لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الاجارة **قال** ومن تزوج امرأتين
في عقدة واحدة هذه المسئلة من الاصل اي المبسوط وصورتها ظاهرة ومسئلة
البيع تأتي في البيوع وقوله وعندهما يقسم على مهر مثلهما يعني اذا كان المسمى الفا
مثلا ينظر الى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما فما اصاب حصة التي لا تحل تسقط
عن الزوج وما اصاب حصة الاخرى يثبت عليه لهما انه قابل المسمى بالبضعين
وكلما كان مقابلا بالشيئين فانما يلزم اذا سلما له فاذا لم يسلم منهما
الا احدهما فلا يلزم الا حصتها كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على الف فاجابت
احديهما دون الاخرى ولابي حنيفة ان ضم ما لا تحل اليه ما لا تحل في النكاح كضم الجدار
الى المرأة فيه فان كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح ولو فعل ذلك وسمى
كان المسمى كله للمرأة فكذلك ههنا بمن ليس بمحل بخلاف ما اذا خطبهما بالنكاح
لانهما قد استويا في الايجاب حتى لو اجابتا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل

ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة احديهما لا تحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح
الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط
الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى عند ابي حنيفة رضه للتي تحل وعندهما يقسم
على مهر مثلهما وهي مسئلة الاصل

بالمساوات في الايجاب فان قيل اذا لم تكن محلا للنكاح اصلا ولم ينعقد
العقد وجب ان يحد ان دخل بها ولا يحد كذا واجيب بان عدم الحد
باعتبار ظاهر صورة العقد وقوله ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها
هذه المسئلة من الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء بان قضاء القاضي
بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة ينفذ ظاهرا او باطنا
ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكين والنفقة والقسم
وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى واما في الاملاك
المرسلة والميراث ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع واما في الهبة والصدقة
فعن ابي يوسف فيه روايتان في رواية الحقها بالاشرية والانكحة من
حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول وفي الاخرى الحقها بالاملاك
المرسلة وما ذكر في الكتاب من تحرير المذاهب واضح قالوا القاضي
اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة والخطأ في الحجة يمنع عن النفوذ باطنا كما
اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عند القاضي
لان الوقوف على حقيقة الصدق متعذر وقبل هذه الشهود هي الحجة
المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك امر
باطن لا يعلمه الا الله فلو اشترط ذلك للقضاء لما امكن القضاء اصلا
واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا او باطنا بخلاف الكفر والرق
لان الوقوف عليهما متيسر بالامارات فان قيل القضاء اظهار ما كان
ثابتا لا اثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا

ولابي حنيفة رضه ان الشهود صدقة عنده لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق
لان الوقوف عليهما متيسر فاذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم
النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان متن

احطاء الحجة اذ الشهود كذبة
فصار كما اذا ظهر انهم عبيد
او كفار متن

اشار الى الجواب بقوله بتقديم النكاح ... تقدم النكاح على القضاء بطريق
الاقتضاء كانه قال انكحتك اياه وحكمت بينكما بذلك فقطع المنازعة
فنقل له ان عطاء ما لعلا ... في طلب الوطي ثانيا وسالني بعض اركان
الكفارة حين قدم مصر حاجا سنة سبع واربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة
طاهرة في المذهب فاجبته بقولهم هذا قطع للمنازعة فقال قطع المنازعة
لم يتحقق في الوطي فلم يطلقها فانه يخلص عن المنازعة مع المراة وعن عهدة الوطي
لم يسبقه تحلل فقلت نعم بالطلاق طلاق حشروة او بغير مشروع لا سبيل
الى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الاول وهو يقتضي النكاح
لا محالة واما منا في هذه المسئلة على فانه روى ان رجلا ادعى على امراة
نكاحا بين يدي علي رضه واقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المراة
ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني منه فقال علي شاهداك زوجاك
ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج
فيها وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة
الزور فان قيل هذا انما تم اذا جعل القضاء بمنزلة انشاء العقد وذلك
يقتضي ان يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عم لا نكاح
الا بشهود اجيب بان بعض مشايخنا ذهبوا الى ذلك والبه مال
شمس الائمة السرخسي والاصح منهم قالوا انشاء النكاح لا يثبت مقصودا
وانما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لا يراعى شرائطه
التي يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم

ومن الجواز

باب الاولياء والاكفاء
وينعقد نكاح الحرة البالغة العاقلة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا ينعقد الا بولي
وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا
لان النكاح يراد لمقاصده و
التفويض اليهن مخل بها الا ان
محمدا رح يقول يرتفع الخلل
باجازة الولي

وهو الجواب عن سقوط الايجاب والقبول قوله بخلاف الاملاك المرسلة
اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية
او الطعام من غير تعيين سبب من شرى او ارث حيث لا ينفذ القضاء الا ظاهرا
بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطيها لان في الاسباب تزاحما فلا يمكن
تنفيذه بيانه ان في الاسباب كثرة ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها
بدون الحجة فلم يكن القاضي بالقضاء بالملك واقعا على طبق دعوى المدعي
في المدعي وذلك نافذ منه ظاهرا اما ان ينفذ باطنا بمنزلة انشاء
جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي بخلاف النكاح لان طريقه متعين
من الوجه الذي قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه باب الاولياء
والاكفاء اخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كانا
شرطي النكاح لان محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الاولياء
والاكفاء والمتفق عليه اولى بالتقديم وتحرير المذاهب على ما ذكره في الكتاب
واضح واما وجه من لم يجوزه بدون الولي كابي يوسف في غير ظاهر الرواية
ومالك والشافعي فما قال لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن
مخل بها لانهن سريعة الانخداع سيئات الاختيار لما يتبعه الشهوات وهو ... ذو
عاد الى اذن الولي كما اختاره محمد فات الخلل بتخيير فكان الولي هو الواجب للجواز
وهم لا يقولون به ايضا والمدعى ان النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل
لا يطابق بيان الخلل في العبارة والاقتدار بان مدار التعليل تعليل ان
لا يفوض اليهن امر النكاح مطلقا من غير نظر الى ان باذن الولي او لا فيخرج دافع
ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال
ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية
لا فرق بين الكفؤ وغير الكفؤ

لكن للولي حق الاعتراض في غير الكفوء وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز في غير الكفوء لانه
كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد رح الى قولهما

وذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم
لامرأة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا هذا هو الصحيح عند اهل اللغة واذا كان
الكتاب والسنة متعارضا ترك الحق الاستدلال بهما الى ما بينا وصار المعقول
وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رض وقوله وانما يطالب الولي
بالتزويج جواب عما يقال اذا تصرفت في حقها فلم امر الولي بالتزويج اذا طالبته واي
حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها ووجهه انها تطالبه بذلك كيلا تنسب
الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه صيانة لها
عن النسبة الى الوقاحة قوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفوء يعني اذا لم تلد من الزوج
واما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عمن يربيه قال في
النهاية وذكر في مبسوط شيخ الاسلام واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفوء
فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولادا ثم بدا له ان يخاصم في ذلك فله
ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصا
بخلاف القياس قال كذا كان يفتي بخط شيخي قوله وعن ابي حنيفة وابي
يوسف انه لا يجوز في غير الكفوء يعني لدفع ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة
وهذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاضي
يعدل وهو معنى قوله لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما
يعني ينعقد نكاحها عنده اي عند محمد موقوفا بلا ولي ولا يتوقف على الاجازة قال ولا يجوز
للولي اجبار البكر البالغة على النكاح اجبار البكر البالغة لا يجوز عندنا خلافا
للشافعي رح وهو مذهب ابن ابي ليلى ان الصغيرة اذا كانت بكرا يزوج

لانتفاء المطابقة واما وجه من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها وهي
من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج
بالاتفاق وكل من تصرف هذا شانه فهو جائز بلا خلاف فان قلت لا نسلم انها
تصرفت في خالص حقها بل في حق يتعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن
بكفوء في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد علينا واما على رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح فالجواب ان المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات
الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر
والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا يتغير بالعارض
من لحوق العارض للاولياء فان قيل هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب
والسنة وقبله فاسد اما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن
ازواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع وانما يتحقق منه المنع اذا
كان الممنوع في يده واما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان
بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رض انها قالت قال رسول الله
ع م ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فالجواب
ان الاية الالتزام لا لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على انهن يملكنه
وان قوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن وقوله تعالى حتى تنكح زوجا
غيره وقوله تعالى ان ينكحن ازواجهن يعارضها واما الحديث فساقط للاعتبار
لان ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكره ولان عائشة
رض عنها عملت بخلافه زوجت بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير

وذلك

ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة
بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها
ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصارت كالغلام وكالتصرف
في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال واذا استأذنها الولي
فسكتت او ضحكت فهو اذن
لقوله عم البكر تستأمر في نفسها
فان سكتت فقد رضيت

كذا حكم البالغة والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا اي ولكونها
جاهلة بامر النكاح يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة لان الكلام
في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية قوله والولاية على الصغيرة
جواب عن قياسه على الصغيرة فانها كانت لقصور عقلها وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه
قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار للاجبار عليها كالاجبار على الغلام وان كان
صغيرا جاز لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف في المال اي في مال البكر
البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه قوله وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها
دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها ووجه ذلك ان الظاهر ان البكر تستحيي
عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها بذلك مع ماله فتبعث
بها الى بيت زوجها وكان ذلك اذنا دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة تبطل
بصريح بخلافها قال واذا استأذنها الولي الخ قال وان فعل هذا غيره اي غير
الاستئمار والاستئذان غير ولي وهو الاجنبي او وليّ بعيد بان كان لها اخ
او عبد او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كما اذا استأذن الاخ مع وجود الاب
لا يكون رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع
دلالة على الرضا قوله ولو وقع اي السكوت دليلا فهو دليل محتمل يحتمل الاذن
والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء لانه
فضولي او في حق من غيره احق فلعدم الالتفات الى الكلام بخلاف ما اذا كان
المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في التسمية يعني اذا استأمر فلا بد
ان يسمي تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة اما اذا ابهم وقال انا ازوجك فسكتت

ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت
بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهية وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا
واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال وان فعل هذا غير ولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا
حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله
للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستئمار تسمية
الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه
صح

ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان
فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر
ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عم الثيب تشاور ولان النطق لا يعد
عيبا منها صح

لا يكون السكوت رضى ولا يشترط تسمية المهر وهو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز
عن قول بعض المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستئمار لان رغبتها
تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكره ان النكاح
صحيح بدونه فلا يحتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا
من كونه رضا وكان محمد بن مقاتل يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو
رضى منها بالنص واما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لان الحاجة ههنا
الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة فلم يكن في معنى المنصوص عليه
فان السكوت عند الاستئمار لا يكون رضا بما لم يمكنها ان ترجع قبل العقد وحين
بلغها الخبر يكون حالا فلا يمكنها الرجوع فيلزم النكاح بمجرد السكوت فكان نظير
هذا في معنى المنصوص لان لها عند الاستئمار صوابين لا رفع فيكون سكوتها
دليلا على الجواب الذي يجوز الجمع بينهما وبينه وهو فيهما حياء عن اظهار الرغبة
في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهذا معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت
لا يختلف ثم قوله المخبر ان كان فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان في حقوق
العباد فهو على ثلثة اقسام ما فيه الزام محض كالبيوع والاشربة والاملاك
والاملاك المرسلة وكونها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات
والرسالة في الهدايا والاذن في التجارة وما اشبه ذلك وما فيه الزام
من وجه دون وجه كالذي نحن فيه واخواته كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار
البكر بالجناية عبده فالاول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والاسلام
والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط فيه التمييز دون العدالة والثالث

وقد اكتفيا بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس
فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والباكرة ولانها تستحيي
لعدم الممارسة صح

ان كان من المبلغ رسولا او وكيلا لم يشترط فيه العدالة [illegible] بالاتفاق وان كان
فضوليا يشترط فيه احد شرطي الشهادة اما العدد واما العدالة عند ابي حنيفة
وهذه صار هو نظير القسم الثاني ثم اشترط ان يكون المخبر مميزا سواء كان عدلا
او لم يكن وموضع ذلك اصول الفقه ولو استاذن الثيب فلا بد من رضاها
بالقول لقوله عم الثيب تشاور ووجه الاستدلال ان المشاورة من باب المفاعلة
وهو يقتضي الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق
منها في الجواب وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالاشارة الى الصواب
وذلك لا يكون الا بالنطق ولان النطق في النكاح من الثيب لا يعد عيبا واذا
لم يعد لم يمنع النطق في البكر لانه يعد فيها عيبا واذا لم يكن عيبا لا يلحقه به و
لان السكوت صار رضا لتوفر الحياء [illegible] عائشة رضي الله عنها [illegible] ان البكر
يستحي قال رسول الله عم سكوتها رضاها والحياء في الثيب غير متوفر لقلته
بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة هي الوثوب
من فوق او حيضة او جراحة او تعنيس عنست الجارية تعنيسا اذا جاوزت
وقت التزويج فهي في حكم البكر في كون اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر من
يكون مصيبها اول مصيب ومنه كذلك مشتق من الباكورة وهي اول الثمار
ومنه البكرة وهو اول النهار ورد بانه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من
اشترى جارية على انها بكر فوجدها زائلة البكارة بالوثبة لانها بكر حقيقة
ما قلتم يكون له الرد وانا واجيب بان الرد باعتبار وصف مرغوب فيه
وهو العذرة لا لكونها غير بكر ولان النطق يسقط الحياء وهو موجود فيها

لانها

ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رضه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
لا يكتفي بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي
حنيفة رضه ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل
عليها مصالحها حهداية

لانها تستحي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهو كذلك عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة
اذ الثيب من يكون مصيبها عائدا اليها مشتق من المثوبة وهو الثواب
وانما سمي بها لانها رجوع المنافع العاجلة ومن المثابة وهو الموضع الذي
يثاب اي يرجع اليه مرة بعد اخرى ومن التثويب وهو الدعاء مرة بعد
اخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفى بسكوتها ولابي حنيفة ان الناس عرفوها
وتقريره ان الشرع جعل السكوت رضا لعلة الحياء على ما روينا من عائشة
رض واذا وجدت العلة يترتب عليه الحكم وههنا قد وجدت لما تقدم
من ان الناس عرفوها بكرا فيعيرونها وبعض النسخ فيعيبونها بالنطق
فتستحي فتمتنع عن النطق وكانت العلة موجودة فيكتفى بسكوتها كيلا
تتعطل عليها مصالحها واذا ظهر هذا سقط ما قيل هذا التعليل في مقابلة النص
وهو قوله عم الثيب وجه [illegible] لان هذا محمل لعلة المنصوص عليها لا التعليل
في مقابلة النص فان قيل لا نسلم ان هذا محمل لعلة منصوص عليها لان المنصوص
عليها حياء يكون من لوازم الطبيعة وذلك امر محمود وهذا الحياء حياء
معصية وليس من افراده حتى يدخل تحت النص اجيب بان هذا الحياء
اشد لان في الاستنطاق باعتبار انها ثيب ظهور فاحشتها فكان
الفرد من النافي فيلحق به دلالة بخلاف ما اذا وطئت بشبهة متصل
بقوله فيكتفى بسكوتها يعني ان من وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لا يكون
اذنها بسكوتها لعدم العلة ثمة لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم

بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما
اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها حهداية

وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتِّ وقالت رددتُ فالقول قولها وقال زفر القول قوله لأن السكوت أصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول إنه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع إذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لأن اللزوم قد ظهر بمضي المدة تمت

العدة والمهر وإثبات النسب أما لو أخذت بدل الأسنن صح إذا اشتهر حالها بأن أقيم الحد عليها أو لصيرورته عادة لها فلا يكتفى بسكوتها فإن قيل يجب أن يكتفى بسكوتها في هاتين الصورتين أيضا لأنها داخلة تحت اسم البكارة في لسان الشرع وهو قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة أجيب بأن هذا قول بعض المشايخ وهو ضعيف وفي الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد عليها موجود أيضا ولا يكتفى بسكوتها بالإجماع فعرفنا أن المعتبر بقاء صفة الحياء قوله لأن السكوت أصل والرد عارض بناء على أن السكوت عدم الكلام ولا شك أنه متقدم على عروض الكلام فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة فإنه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالإجماع لأن السكوت أصل والرد عارض فكان القول قول من يدعي السكوت قوله ونحن نقول إلخ وحاصله أنه يعتبر الإنكار والمعنوي وزفر يعتبر الإنكار الصوري قوله بخلاف جواب مسألة الخيار حيث قال القول قول من يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضي المدة فلهذا كان القول قول الثاني

وإن أقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح فإن قيل هذه شهادة قامت على النفي لأن السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة أجيب بأنها مقبولة إذا كان يحيط علم الشاهد به كما إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قال المسيح ابن الله وهو يقول قول النصارى وقال الرجال بل قلت عقيبه فأقامت بينة أنه لم يقله تقبل وتسمع لأن هذا مما يحيط به علم الشاهد لأنه لو قال لسمعه الشهود وإن أقاما البينة قال الإمام التمرتاشي بينتها أولى لأنها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو أقاما على أنها أجازت أو رضيت حين علمت فهما استويا في الإثبات

وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نور دعواه بالحجة وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وسنبينه في الدعوى إن شاء الله تعالى تمت

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الأب والشافعي في غير الأب والجد وفي الثيب الصغيرة أيضا وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة إلا أن ولاية الأب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به تمت

رجحت بينتها لإثباته اللزوم وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وسنبينه في الدعوى إن شاء الله تعالى

قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة أي يجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو العصبة على ترتيب الإرث وقال مالك وليهما الأب ليس إلا حتى لو زوجها الجد عند عدم الأب لا يجوز وقال الشافعي وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكرا فإن كانت ثيبا فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الأخ أو العم أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها لا ينعقد النكاح وجه قول مالك أن الولاية على الحرة مع قيام المنافي باعتبار الحاجة ولا حاجة للصغيرة والصغير فلا ولاية عليهما غير أن ولاية الأب ثبتت نصا على خلاف القياس فإن أبا بكر رضي الله عنه زوج عائشة من النبي عليه السلام وهي بنت ست سنين وصح النبي عليه السلام ذلك والقياس عليه غير مقبول والجد لا يلحق به دلالة لأنه ليس في معناه لأن الولد جزء الأب وكانت الولاية للأب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه قلنا لا نسلم أن الولاية على الحرة على خلاف القياس بل هو موافق له لأن النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا تتوفر الأسباب إلا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل وقت فأثبتنا الولاية في حال الصغر إحرازا للكفء بتأتي منه الإدراك إذا كان أو غيره ووجه قول الشافعي أن الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا أي لقصور شفقته لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة

قلنا لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغر إحرازا للكفء ووجه قول الشافعي رضي الله عنه أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة فلأن لا يملك في النفس وإنها أعلى رتبة أولى تمت

ولنا ان الولاية داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية
الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة وقع
القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي
لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا اي متن

لكونه وفاته للنفس فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ان
الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما في الاب
والجد فان النظر فيهما لم يثبت الا من القرابة غاية ما في الباب انه يتفاوت
كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها لكن ما في البعيد من القصور يمكن التدارك
فاظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا
ووجدا الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح واذا وجدا فيه قد اوقع خللا بفقد
الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف في المال لان الخلل الواقع
بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر بعد اول الاحوال بان يبيع
الولي ثم يبيع المشتري من اخر ثم وثم فيعيب بعضهم ولا يمكن توقيف
ذلك كله الى وقت البلوغ فلا يفيد الولاية الا ملزمة ولا الزام مع القصور
بخلاف المتنازع فانهما ثابتان من غير تكرر غالبا وكان التدارك بالتوقيف
ممكنا وجه قول الشافعي في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي
وتقريره ان الرأي امر باطن والثيابة سبب لحدوثه لوجود الممارسة فيقام
مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا اولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة بيني الشفقة
للولاية النظرية على الحاجة ومنه تحقيق للصغير والبالغ وجد قصور الشفقة
قد انتفى لان الشفقة في الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع
يجب تحقق الحكم ولا نم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لان الرأي
والعلم بلذة الجماع انما يحدث بمعاشرة بشهوة والاشهوة لها واذا
لم يكن الثيابة سببا لحدوث الرأي لا يصلح عذرا وانما الصغير فانه سبب
ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة
فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح
الى العصبات من غير فصل متن

والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب
فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا
الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان
زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ
متن

للحاجة الصحيح عن التصرف بنفسه فجاز ان يكون مولا وكما يثبت للصغير
يثبت الولاية ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم يعني من اطلاق الولي في قوله
ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله عم النكاح الى
العصبات من غير فصل قوله والترتيب في العصبات قوله اعتبارا بالاب
والجد بجامع داعية القرابة ولهما ان قرابة الاخ ناقصة حتى صار الاخ يعلم به
حكم سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد قوله
فيتطرق الخلل الى المقاصد يعني ان ما وراء الكفاءة في المهر من مقاصد اخرى
في النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم العجيبة
ولؤمها وتوسع النفقة وتيسرها وهذه المقاصد اهم من الكفاءة لو لا
يوقف عليها الا بجد بالغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقته
ربما لا يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك قوله
واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي يعني في اثبات
الخيار عند بلوغ والادراك باطلاق قوله وان زوجهما غير الاب والجد
فلكل واحد منهما الخيار قوله هو الصحيح احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي
عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها القاضي لانه له الولاية
في المال والنفس فكان في فوق ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكره في
الكتاب بقوله لقصور الرأي في احدهما يعني الام ونقصان الشفقة في
الاخر يعني القاضي الاخرين الى ولاية القاضي متاخرة عن ولاية الاخ والعم واذا ثبت
لهما الخيار في تزويجهما يعني تزويج القاضي اولى قوله ويشترط فيه اي في فسخ
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ
ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار
الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور
الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الاخر فيتخير متن

منه سعد الله

ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الاخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء

النكاح بخيار البلوغ القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوج ولهذا اي لتمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية يمكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفوا والمهر تاما فربما يكرهه الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها فان الزوج قبل عتقها كان يملك عليها بطلقتين ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر جلي ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها ان تدفع عن نفسها وذلك مع بقاء اصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزم وجود الملزوم بدون وجود اللازم محال فكان لها ان تدفع اصل النكاح في ضمن ما لها من دفع الزيادة واعترض بان دفع ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول واجيب بان هذا ليس بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب التزام الضرر المرضي فان الزوج حين تزوج الامة عالما بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير ضائر بخلاف الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك بعد العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررا مرضيا فكان ضائرا فاذا اجتمع الضرر الضائر وغيره يدفع الضائر دون غيره قوله ثم عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ واذا كان المزوج غير الاب والجد وحاصل ما ذكر ههنا امور تتعلق بها

قوله لانه بعد العتق اقول اي يستلزم الزيادة منه

قوله بخيار العتق ثابت بالنص منه

الخ

٢٤

قال العيني وان لم تعلم بالنكاح فسكتت اقول فيه بحث

ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار في حق الحرة لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار منه

الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول ان خيار البلوغ في الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العتق والثاني ان خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة اذا بلغت وعلمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بان لها الخيار او لم تكن اما اذا كانت عالمة فظ واما اذا لم تكن فلانها لم تعذر بالجهل بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها على خيارها لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل واما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق او بثبوت الخيار لها اما الاول فلان المولى ينفرد به واما الثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة قوله ثم خيار البكر نوع على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضي وان كان جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحال ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضى فكذلك اذا كان لها الخيار فادركت وسكتت كان سكوتها رضى فيبطل خيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمرا عند ابتداء العقد لم يكن سكوتهما رضى بل لا بد من الرضا صريحا او دلالة فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت

قوله فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت ... فسكتت ... كان رضا

ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح متن

وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل وانما يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه يثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة

منها رضا بل لا بد من ذلك **قوله** وخيار البلوغ شرع في الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس يعني لو بلغت بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت او علمت بعد البلوغ خبر النكاح بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس الى ما وراء المجلس **قوله** لانه ما ثبت دليل لعدم البطلان في حق الثيب خاصة وتقريره خيار بلوغها لم يثبت باثبات الزوج وهو ظ وما لم يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء **قوله** بل لتوهم الخلل دليل يشمل البكر والغلام وتقريره خيار البلوغ ثبت لعدم الرضا لتوهم الخلل وما ثبت لعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه فان الشيء لا يثبت مع منافيه غير ان سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل رضاها بمجرد السكوت ويمتد خيارهما الى ما وراء المجلس نظرا الى عدم الادراج في ضمن الايجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه الله عنا المخلصين خيرا **قوله** بخلاف خيار العتق للفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق يثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لم يعتق ما ثبت لها الخيار وكل خيار ثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون القيام دليل الاعراض وبيان تحقيق هذا الوجه للوجه الخامس انه اشار الى ذلك بقوله غير ان سكوت البكر رضا يعني الرضا يسقط خيار البلوغ وخيار الاعتاق انما يتقيد بالمجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا **قوله** ثم الفرقة

بخيار

ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف خيار المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق وان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به **قال**

ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء

ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا

بخيار البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان قبل الدخول او بعده لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها والفائدة تظهر في شيئين احدهما انها لو فرقت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني انها لو نكحها بعد الفرقة ملك الزوج ثلث تطليقات وكذا بخيار العتق لما بينا انه يصح من الانثى **قوله** بخلاف خيار المخيرة ظاهر الى آخر المسئلة **قال** ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء اما الصبي والمجنون فلعجزهم عن تحصيل الكفو واما العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر على مسلمة لان الولاية الشرعية ولا يعتبر بالجنسية منها **قوله** ولغير العصبات من الاقارب يعني كالاخوال والخالات والعمات ولاية التزويج عند عدم العصبات اي عصبة كانت سواء كانت عصبة بجز النكاح بنفسه او بغيره كالمرأة كالابن العم او دم بحل كالتم وهو العتاقة وعصبته من العصبات ثم عند ابي حنيفة رح بعد العصبات الام ثم ذوي الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ لام ثم الاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهد منشوره اما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد

ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رض وقول ابي يوسف رح في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد رح معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رح

لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة للقرابة ولابي حنيفة رحمه الله ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عم السلطان ولي من لا ولي له متن

لا ولاية لغير العصبات وقول ابي يوسف مضطرب وذكره مع ابي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاية **قوله** لهما ما روينا يريد به قوله عم الانكاح الى العصبات عرف الانكاح باللام في خبر هو فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس اي العصبات فلا يكون لغيرهم مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفو ولابي حنيفة رح ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز اجيب بوجهين احدهما ان معنى قوله الانكاح الى العصبات اذا وجدت العصبات والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الولاية باعتبار الشفقة وكمال الرأي والقول بتوريث ذوي الارحام مع القول بعدم ولاية النكاح خبر مستحسن لاطلاق قوله تع واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ولكون التوريث مبنيا على الولاية **قوله** واذا عدم الاولياء يعني المذكورين فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عم السلطان ولي من لا ولي له واما الحاكم وهو القاضي فانما يملك الانكاح اذا كان ذلك في عهد منشوره كذا في فتاوى قاضي خان **قوله** واذا غاب الولي الاقرب يعني كالاب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه كالجد ان يزوج وقال زفر ليس له ذلك وقال الشافعي يزوج السلطان لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والحق القائم لشخص لا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق واذا كان ولاية الاقرب في غيبته قائمة لا يكون للابعد ولاية ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ولكن القدمين ظاهر فيفوض اه

قوله واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوج حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد متن

وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو ففيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري رح وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ متن

اي النظر الى الابعد **قوله** وهو مقدم على السلطان اشارة الى جواب الشافعي كما اذا مات الاقرب فان الولاية لم تنتقل الى السلطان بموت الاقرب فكذا بالغيبة **قوله** ولو زوجها حيث هو ففيه جواب بحجة زفر ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعني لا نسلم جوازه وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد يعني اذا حضر الاقرب وقد نفذ الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظ **قوله** وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام السعدي والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري واما بعصمة سعد بن الحكم معاذ المروزي **قوله** لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ يعني لعدم انتفاع به وعن هذا قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلدة لا يوقف عليه يكون غيبته منقطعة **قوله** لانه اوفر شفقة من الابن يريد بيان ان ولاية الاب بعم اي كان في النفس والابن ليس له ولاية في المال ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة الا يرى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط **قوله** ولا يعتبر زيادة الشفقة جواب محمد **فصل في الكفاءة** لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم ان عدمها يمنع الجواز او يمكن الاولياء من الفسخ احتاج الى ان يذكرها في فصل على حدة الكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفو وهو النظير من كافاه اذا ساواه وهي معتبرة في النكاح قال عم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه جابر رض ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة

قوله واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات **فصل في الكفاءة** الكفاءة معتبرة في النكاح قال عم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء متن

ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة
للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبه لان الزوج مستفرش فلا يغيظه [illegible]
للخسيس دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما
دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر مس

والنكاح لا ينتظم بين غير المتكافئين لان الشريفة تابى ان تكون
مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها من جانبها بخلاف جانبه فانه مستفرش
فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء
ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم يعني مالم تلد منه كما تقدم فان قيل
الحديث يدل على عدم الجواز فينبغي القول بالجواز بدونها وهو الاخير اي قوله
قلت جاز ان يكون نهيا وهو يقتضي المشروعية عندنا ثم الكفاءة تعتبر في خمسة
اشياء في النسب والحرية والدين والمال والصنائع اما النسب فلانه يقع به
التفاخر وكان سفيان الثوري يقول لا تعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية
بالحديث قال عم الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما
الفضل بالتقوى وقد تايد ذلك بقوله ان اكرمكم عند الله اتقاكم ولنا قوله عم
قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض
قبيلة لقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل والمراد بالموالي العتقاء
والموالي التي كانت غير عرب في الاكثر غلبت على العجم فقالوا الموالي اكفاء بعضها
لبعض ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا يعني من قوله عم قريش
بعضهم اكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم
الا ترى ان النبي عم زوج ابنته عثمان رضه وكان من بني عبد شمس واني
قال في الموالي رجل برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر فيهم لانهم ضيعوا انسابهم
فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل التفاخر بالدين كما اشار اليه سلمان رضه
حين افتخر الصحابة بالانساب وانتهى الامر اليه ابي الاسلام لا اب لي سواه

قريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم
اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا مس

بغيظه

الزوج

قوله جاز ان يكون [illegible]

ولان [illegible] النبي عليه السلام [illegible] قريش وان لم يبلغ رتبة بني هاشم [illegible]

والاصل فيه قوله عم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن [illegible]

قوله عم

وعن محمد رح الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا
للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي
فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء لمن كان له عشرة اباء فيه ومن اسلم
بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب
بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف مس

قوله وعن محمد الا ان يكون يعني قال محمد لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش
الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة
فح يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء قرشيا ليس
من اولادهم كان للاولياء حق الرد قال المص كانه يعني قال محمد ذلك
تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة لا لانعدام اصل الكفاءة قوله وبنو باهلة
قبيلة من قيس بن عيلان وهي في الاصل اسم امرأة من همدان
كانت تحت معن بن اعصر بن سعد بن قيس بن عيلان فنسب
ولده اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى الواحد
عربي والاعرابي واحد الاعراب وهم اهل البدو وبنو باهلة ليسوا
باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة لانهم كانوا ياكلون بقية
الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يستخرجون عظام الميتة وياخذون
الدسومة منها قال قائلهم ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت النفس
من باهلة قوله واما الموالي الخ قوله كما هو مذهبه في التعريف اي في
تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغائب واسم
ابيه يحصل به التعريف عند ابي يوسف خلافا لهما اذا ذكر الجد وعندهما
لا بد من ذكر الجد قوله ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب
واحد في الاسلام نقل في النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في الموالي واما
في العرب فان من لا اب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفو لمن له
اباء في الاسلام لان العرب يتفاخرون في النسب فيعدون النسب كفوا

ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام
والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم
الكفاءة **قال** ويعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب

لنسب او اذا كانوا مسلمين واما العجم فقد ضيعوا انسابهم وتفاخرهم بالا
سلام فمن كان له اب في الاسلام ينزل على من لا اب له فيه فلا يعده كفوا و
الاكفاء في الحرية نظيرها اي نظير الكفاءة في الاسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق
والخلاف فان العبد لا يكون كفوا لمن هي حرة في الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفوا
لها والمعتق ابوه لا يكون كفوا لمن لها ابوان في الحرية لان الرق اثر الكفر وفيه
معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة نسبه وروي عن ابي يوسف ان الذي اسلم بنفسه
او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل النسب الآخر كان كفوا له **قال**
ويعتبر ايضا في الدين اي في الديانة اي ويعتبر ايضا الكفاءة في الدين اي في الديانة
وهي التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة
لان مطلق الدين هو الاسلام والكلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة
اي الكلام في حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون الا في
الدين بمعنى الديانة وهذا اي اعتبار الكفاءة في الديانة قول ابي حنيفة وابي يوسف
لانه اي الدين بمعنى الديانة من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما
تعير بضعة النسب فلما كانت النسب معتبرا فلما كانت الديانة اولى بالاعتبار
قوله وابو يوسف معه هو الصحيح اي فان قول ابي يوسف مع ابي حنيفة في
يكون الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية اخرى
عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذا مروءة يكون
كفوا وقالوا في شروح الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم
مهابة عند الناس وقال محمد لا يعتبر الكفاءة في الدين اي في الديانة لانه من امور الآخرة

وقال محمد لا يعتبر لانه من امور الآخرة فلا يبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع
ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به ثم

ويعتبر الكفاءة في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من
لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه والنفقة قوام الازدواج
ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف انه يعتبر القدرة على
النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه ثم

فلا يبتنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب بالقفاء بعرض الكف
ويسخر منه او يخرج الى السوق سكران ويلعب به الصبيان فانه حينئذ لا يكون
كفوا لامرأة صالحة من اهل البيوتات قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به
اي بتلك الصنع **قال** ويعتبر الكفاءة في المال وهو ان يكون مالكا للمهر
والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية من علمائنا حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما
لا يكون كفوا اما المهر فلانه بدل البضع فلا بد من ايفائه واما النفقة فلان قوام
الازدواج ودوامه بها والمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا
ليس يطالب به فلا يسقط الكفاءة **قوله** وعن ابي يوسف وهو غير ظاهر الرواية
روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال الكفو هو الذي يقدر على المهر و
النفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو قلت فان
ملك النفقة دون المهر قال يكون كفوا قال صدر الشهيد في تعليله لان المهر تجري فيه
التسهيل والتأجيل ويعد قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده وجدته
ولا يعد قادرا على النفقة بيسار ابيه لان الآباء في العادة يتحملون المهور
على الاولاد دون النفقة الدائرة **قوله** فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في
قوله وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر فتكون السلطان
كفوا للعطار وفي رواية قال الكفو لا يعتبر الكفاءة في الغنى الا الحائك والحجام وعن
ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الرواية
ما ذكر في الكتاب وهو واضح **قال** وان تزوجت ونقصت عن مهر مثلها
اذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة
واما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة
لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح ويعتبر
في الصنائع وهذا قول ابي يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش
كالحائك والدباغ ووجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها ووجه القول الآخر ان الحرفة
ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها ثم قال

قال وإذا زوجت ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها
مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه
في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط
حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولأبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانها
فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يتعير به م

حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك قال ك وهذا الوضع
أي وضع القدوري هذه المسئلة على هذا الوجه إنما يصح عن قول محمد على اعتبار
قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه
فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض وأقول هذا إنما يستقيم
أن لو نقل في هذا الوضع في النكاح بغير الولي وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي
بالتزوج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه وضع المسئلة على قول محمد الأول
وكذلك لو أكره السلطان امرأة وقد وليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال
الإكراه ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن
في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب واضح

قوله فأشبه الكفاءة يعني في تضرر الأولياء بكل واحد منهما وأكثر ما في الشرع
قد ندبت إلى رخص الصداق دون ترك الكفاءة وكذلك النبي عليه السلام لم يضع بناته في غير
الأكفاء وزوجهن بأدنى الصداق فإنه ما زاد على أربع أواق ونش أي نصف
أوقية وهو عشرون درهما كانت قيمة … لأن الزيادة بقدر الشرف ومن الشرف
كان … والجواب أن وجه الشبه ما ذكرناه من تعيير الأولياء وهو
وصف مؤثر في الباب وأما أن لا يكون بين المشبه والمشبه به فرق بوجه من الوجوه
فلم يشترطه أحد من ذوي التحصيل قوله بخلاف الإبراء بعد التسمية جواب عن قولهما كما
بعد التسمية وذلك لأن الأولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة … بعد …
ضرب من اللوم في العادات قوله وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة الخ قوله ومعنى هذا
الكلام أنه لا يجوز العقد بيانه أن هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز الحط والزيادة

وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك
عليهما ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن
الناس فيه م

ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد
وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولأبي حنيفة
أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية فهي المقصودة في
التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما وفي … زوج ابنته وهي صغيرة عبدا أو زوج ابنه
وهو صغير أمة فهو جائز قال
رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة
أيضا لأن الإعراض عن الكفاءة
لمصلحة تفوقها … وعندهما هو
ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز م

إلا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان
لا يجوز لأن المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها أصلا
أو زوجها على خمر أو خنزير وهو قول بعض مشايخنا وقال آخرون معناه أن نفس
النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الأئمة السرخسي رح وفخر الإسلام والمص لأن
الولاية مقيدة بشرط النظر ولا نظر فيما إذا حط عن مهرها أو زاد على مهره
فيكون العقد باطلا كما إذا باع الأب مال الصغير بغبن فاحش أو اشترى بأكثر
منه بذلك ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر
والضرر في هذا العقد باطنان لكن اللفظ إلا بما يتغابن الناس فيه بظاهره
يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لأن المانع من قبل التسمية
وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها أصلا أو زوجها على خمر أو خنزير وهو
قول بعض مشايخنا رح وقال آخرون معناه أن نفس النكاح لا يجوز وهو
مختار شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام والمص رحمهم الله لأن الولاية مقيدة
بشرط النظر ولا نظر فيما إذا حط عن مهرها أو زاد على مهره فيكون العقد
باطلا كما إذا باع الأب مال الصغير بغبن فاحش أو اشترى بأكثر منه بذلك
ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر يريد به
النظر والضرر في هذا العقد باطنان لكن للنظر دليل ظاهر عليه وهو قرب
القرابة الداعية إليه وهو موجود ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه
وإنما قلنا بأن النظر والضرر في هذا العقد باطنان لأن المقصود ليس
حصول المال بالتسمية بل فيه مقاصد … تربو على ما هو من المالي المطلوبة في

فصل في الولي له بالنكاح وغيره ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر لا يجوز واذا
اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز
لهما ان الواحد لا يجوز ان يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة
لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق
دون التعبير ولا ترجع الحقوق
اليه بخلاف البيع لانه مباشر
حتى رجعت الحقوق اليه واذا
تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن
الشطرين ولا يحتاج الى القبول م

في الاختيار والولاية فيجوز ان يكون نظر الاب في الحظ والزيادة الا ذلك
ويجوز ان لا يكون فكان النظر والضرر باطنين فادير الحكم على الدليل بخلاف
البيع فان الحال اى الشبهى للغصه في التصرف اى لانه فلم يكن في مقابلها شئ تجبر به
خلل العقد الخاص حتى يقع التردد بين النظر والضرر واما في غير الاب فالدليل
الدال على النظر معدوم وقوله ومن زوج ابنته نظير بكذا المسئلة في التزويج بغير
ظاهر وكلام **فصل في الوكالة في النكاح وغيرها** لما كانت الوكالة نوع
من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه
ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة **وقوله** وغيرها يعني غير الوكالة
كنكاح الفضولي **وقوله** ويجوز لابن العم صورته وتحرير المذاهب ظاهر
وقد جمع بين دليل زفر والشافعي رح لاشتراكهما في معنى وهو ان الواحد لا يكون
مملكا ومتملكا لشئ واحد في زمان واحد واستثنى الشافعي رح الولي لان مذهبه
فيه كمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله وبناه على الضرورة ولنا ان الوكيل في
النكاح سفير ومعبر وكل من هو كذلك لا يمتنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه لا تمانع في
التعبير بان يقول زوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وانما التمانع في الحقوق
كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر
بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت
يتضمن الشطرين اى شطرى الايجاب والقبول لان الواحد قائم مقام اثنين
فامت عبارة الواحد ايضا مقام عبارتين فلا يحتاج الى القبول **وقوله** و
تزويج العبد والامة ظ **وقوله** ولا يحتاج اى قابل بقبلت الايجاب سواء كان فضوليا او

قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك
لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز
انعقد موقوفا على الاجازة م

وقال الشافعي تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم
فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا
حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت
فلانة فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذا ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف اذا زوجت
نفسها غائبا فبلغه الخبر فاجاز
جاز م

او وكيلا او اصيلا **وقوله** لان العقد وضع لحكمه بناء على ان المقاصد الا
صلية هو الحكم والاسباب والعلل وسائل اليه والفضولي لا يقدر على اثبات
الحكم والا لجاز للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن
قادرا كان كلامه لغوا ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر
من اهله وهو الحر البالغ العاقل مضافا الى المحل وهو انثى من بنات ادم ليست
من المحرمات ولا ضرر في انعقاده لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة فينعقد
موقوفا فان رأى فيه مصلحة نفذه والا ابطله **وقوله** وقد يتراخى حكم العقد
جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم
ههنا لم يعدم بل تاخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار
فان تراخيه الى سقوط الخيار **وقوله** ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة
ظاهر والفرق بين المسئلتين ان الاولى لا مجيز لها فلا يتوقف والثانية لها مجيز
فيتوقف كما تقدم ان شرط التوقف وجود المجيز **وقوله** وهذا اى مجموع ما ذكر
قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه
فاجازه جاز **وقوله** وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ههنا ست مسائل ثلث منها
تتوقف على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من
فلان وقبل عنه فضولي آخر او قال الرجل زوجت فلانة وهي غائبة فاجاز به
فضولي وقال زوجتها منك او قالت امرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل
عن فلان فضولي يتوقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلثة بالاتفاق لانه
عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلث منها اختلاف

وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب عندهما
خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او الاصيل والفضولي جاز بالاجماع وهو يقول لو كان
مأمورا من الجانبين ينفذ فان كان فضوليا يتوقف فصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال
ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف
على ما وراء المجلس كما في البيع

احدها ما ذكر اولا وهو قوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول
المرأة زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه احد والثالثة ان يقول
الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل احد عنهما قوله لا يتوقف
العقد على اجازة الغائب وهو قول ابي يوسف اولا وعلى قوله الآخر يتوقف وهو
يقول في الفضولي من الجانبين لو كان مأمورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا
توقف لان الكلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار
الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق
والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها
الخبر فقبلت في المجلس علمها جاز بالاتفاق وكذا الطلاق والاعتاق على مال في الجامع
احتاج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة
الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر ويبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان
عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند الغيبة لان الدال على ذلك الفعل هو الصيغة وهي
لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور
من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير ككلامين كما جرى بين الفضوليين
عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واخواته اي الطلاق
على مال والاعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يقبل
الرجوع كسائر اليمين تتم بالحالف فكان عقدا تاما واما فان من جانبها لان الخلع من
جانبها معاوضة على ما سيجيء قوله ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه
اثنتين لا يخلو اما ان يكون التوكيل بامرأة معينة او غيرها والثاني مسئلة الكتاب

بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام
وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به

ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه
الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احديهما غير التعيين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية
فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رح
رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة

وهو على ما ذكره واضح وكان ابو يوسف رح يقول اولا يصح نكاح احديهما بغير عينها
والبيان الى الزوج لان المأمور ممتثل امره في احديهما ولا يبعد ان يكون احديهما
بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه ثلثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي
وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح
وما يحتمل بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وقيد
الاول وهو ان امره ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها في عقد واحد
جاز نكاح فلانة للآمر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها
قوله ومن امره امير قيده بالامير وحكم غير الامير كذلك قال الامام المحبوبي
وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن اميرا فزوجه الاكبر امة او حرة عمياء او مقطوعة
اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة اما بالاتفاق واما ما قيد به بذلك لتظهر
الكفاءة فانها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد
بقوله امة لغيره لانه لو زوجه امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة
واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة واما اطلاق اللفظ فان لفظ
امرأة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على
الحرة والامة جميعا قوله وهو التزوج بالاكفاء قال الكشاني وان دلت
المسئلة على ان الكفاءة تعتبر في النساء للرجال ايضا عندهما وكذا ذكره في
الاصل قلنا العرف مشترك يعني كما هو مستعمل فيما قلت مستعمل فيما قلنا فان
الاشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الاماء تسهيلا وهو عرف عملي اي
عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه ان العرف

وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج
بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا

وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل واحد
لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو تم

على نوعين لفظي نحو الدابة تتقيد لفظا بالفرس وعرفي نحو ان يبيع العرب بالابل
وعملي اي العرفي من حيث ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد
وامثاله فلا يصلح مقيدا الاطلاق اللفظ لان اطلاق اللفظ تصرف لفظي
والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه قوله
وذكر يعني محمد اه وكانه الاصل اشارة الى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة
عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب
بالعقد فكان حكما له والمهر هو اي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة
منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله اسام المهر والصداق والنحلة
والاجر والفريضة والعقد لا خلاف لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر
قال الله تعالى فانكحوا فالنكاح لغة لا ينبئ الا عن الانضمام والازدواج فيتم
بالمتناكحين فلو شرطنا التسمية صار زيادة على النص فان قيل المهر واجب
شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه اجاب بقوله ثم المهر واجب شرعا
يعني ان وجوبه ليس لصحة النكاح وانما هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج
الى ذكره لصحة النكاح قال فان قيل هذه دعوى فلا بد لها من دليل قلت دل عليه
قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن
فريضة ومفهومه حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق
الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط
ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين قوله وفيه

باب المهر قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج
لغة فيتم بالزوجين ثم شرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه
ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها

وفيه خلاف مالك واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رح ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه
حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عم ولا مهر اقل من عشرة

اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها خلاف مالك يعني انه لا يجوزه قال
انه عقد معاوضة ملك منفعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع
بشرط ان لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط ان لا يكون
مهر اذ القياس على البيع يقتضي شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن مسعود
في المفوضة كما سيجيء فهذا دلالة حديث ابن مسعود رض على جواز ان نفي المهر
كدلالته على جواز تركه لان ما يكون عوضا بشرط ذكره في العقد لا يختلف الحال
بين تركه ذكره ونفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز
ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها شرع الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال بلا
عوض فيكون التقدير اليها ولنا قوله عم ولا مهر اقل من عشرة دراهم ذكره بالواو ويكونه
معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر رض ان النبي عم قال الا لا يزوج
النساء الا الاولياء ولا يزوجهن الا الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم
وفي حديث ابن عمر ان النبي عم قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر
اقل من عشرة دراهم وفيه بحث لان اوله الاولى انه خبر واحد ولا يجوز تقييد
الاطلاق قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم به لانه نسخ الثاني ولانه معارض
بقوله عم بما روى ان عبد الرحمن بن عوف رض جاء الى النبي عم وبه اثر
صفرة فاخبره انه تزوج فقال عم كم سقت اليها فقال زنة نواة
من ذهب فقال عم اولم ولو بشاة رواه الجماعة النواة خمسة دراهم
عند الاكثر وقيل ثلثة دراهم وثلث وبما روي ان امرأة قامت
وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال عم لا حاجة لنا اليوم

بالنساء فقال الرجل يا رسول الله زوجنيها فقال هل عندك شيء تصدقها
فقال ما عندي الا ازاري فقال ان اعطيتها ازارك جلست لا ازار لك فالتمس شيئا ولو خاتما من حديد
فالتمس فلم يجد شيئا فقال هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة
كذا وكذا قال قد زوجتكها بما معك من القرآن الثالث هذا الحديث متروك العمل
بظاهره في الاولياء فيكون في حق الكل كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على
الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك واما العمل ببعض دون بعض
فتحكم محض والجواب عن الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قد علمنا
ما فرضنا عليهم في ازواجهم لان الفرض بمعنى التقدير فكان المراد والله اعلم
في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم بالاموال المقدرة ويبين الحديث مقداره وهذا
لان كل مال اوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة والكفارة وغيرها
فكذا المهر وعن الثاني بان الاحاديث تدل على التعجيل بالسوق اليها وفي حديث
عبد الرحمن فلانه مصرح به واما في الحديث الاول فلانه امر ذلك الرجل بالتماس
وذلك غير مقدر عندنا فكلما ليس عنه فان كلامنا في الذي
وعن الثالث بما ذكرنا ان عائشة رضي الله عنها حكت بخلافه ولم نعرف نسخه
ما حققت ذلك فقام دليل النسخ في الاولياء دون غيرها ولا يلزم من ترك
العمل بالذي قام عليه دليل النسخ بتركه بالاتفاق ولا التحكم **قوله**
ولانه حق الشرع اي المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى قد علمنا
ما فرضنا عليهم في ازواجهم اي الذي يعرف في الاسلام وكان ذلك لاظهار شرف
المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة

ولانه حق الشرع وجوبا لاظهار الشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة
ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل لان التسمية بما لا يصلح مهرا كانعدامه
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد
رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير
عوض تكرما ولا ترضى فيه
بالعوض اليسير ولو طلقها قبل
الدخول بها يجب نصف عشرة عند
علمائنا الثلاثة رح وعنده يجب
المتعة كما اذا لم يسم شيئا

لانه يتلف به عضو محترم فلان يتلف به منافع بضع كان اولى ولو سمى اقل
من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل لان التسمية بما لا يصلح
مهرا كانعدامه كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس ووجه الاستحسان ان فساد
هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة اما باعتبار ان العشرة
في كونها صداقا لا تتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما لو اضاف النكاح
الى نصفها صح في جميعها واما حقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه
لان الرضا بما دون العشرة رضى بالعشرة واما باعتبار انها رضيت بما دون
العشرة اسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه فما كان حقها سقط لولايتها
على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه **وقوله** ولا معتبر
بانعدام التسمية جواب عن قوله كانعدامه يعني ليس هذا القياس صحيحا لانها
قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير فلا يكون
عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لم يجب العشرة وانما يجب مهر
المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضا بها لا محالة ولو طلقها قبل
الدخول بها وجب نصفه عندهم ووجب المتعة عنده كما اذا لم يسم شيئا
قال ومن سمى مهرا عشرة فما زاد اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس
العقد يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة او بالموت
اما الدخول فلانه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع وبه اي بتسليم المبدل يتأكد
تسليم البدل وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد وجوب تسليم الثمن
فان وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضة ان يهلك المبيع

وسمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه
وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية
والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما
فكان المرجع فيه النص وشرط
ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه
ان شاء الله تعالى

في يد البائع ينفسخ العقد وبتسليمه يتاكد وجوب الثمن على المشتري
وكذلك وجوب المهر كان عرضة ان يسقط بتقبيل ابن الزوج او الارتداد
والعياذ بالله وبالدخول تاكد واما الموت فلان النكاح ينتهي به نهايته حيث
لم يبق قابلا للرفع والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيجب ان يتقرر بجميع
مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة
فان النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يبق
النكاح واما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة وسيعلم حكمه من قوله
وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من
قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص صريح
في الباب فيجب العمل به **وقوله** والاقيسة متعارضة جواب عما يقال ينبغي
ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فيجب
ان يسقط كل البدل كما اذا انفسخ البيع قبل القبض ووجه ان الاقيسة متعارضة فيما
ينقض ذلك كما ذكرتم ويثبت اخر ينقض وجوب كل المهر لانه فوت عليها ملكه باختياره
وذلك ينقض وجوب كل المهر كالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض لاوفوا له
على مخالفة النص فصلاحية الاقيسة والثاني ان التعارض اذا ثبت بين الحجتين
كان المصير الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا يتعارضان
ولو ثبت التعارض صورة فانه يعمل المجتهد بايهما شاء واجيب عن الاول بان ما ذكر معارضة القياسين
ههنا ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما متعذر لكن التعارضهما
او مخالفة كل منهما النص فصار كانه قال فوجب العمل عليها بظاهر النص

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال
الشافعي رح لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء
كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء
فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع الاية

من غير رجوع الى القياس والمعقول فانا لو قلنا بمجرد القياس وعملنا به على وجه
التوضيح والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك احد
القياسين من غير ترك لهما جميعا وعملنا بالنص فهذا اخر الجواب عن السؤال الا
ضربين فانه لما لم يكن المعارضة على حقيقتها بل هو في سبيل الرض والتقدير
لا يرد ما يرد في التعارض هذا احسن ما وجدته في الاعذار في هذا البحث
وهو كما ترى **وقوله** وشرط ان يكون قبل الخلوة فظاهر معناه مما تقدم
قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا المفوضة والتي شرط في نكاحها
ان لا مهر لها مهر المثل ان دخل بها الزوج او مات عنها وكذا اذا ماتت وقال
الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر
خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا
ان المهر وجب بايجاب الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء فتملك الابراء
دون النفي لان الاصل ان يلاقي المتصرف ما يملكه دون ما لا يملكه و
لو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع
قدره وعلى المقتر قدره ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال لا جناح
عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة و
ومتعوهن والفريضة هي المهر اي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت
الذي لم يحصل المساس وفرض الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو
يدل على الوجوب وحالة حقا وذلك يقتضيه ايضا وذكر بكلمة على فهذه
المتعة واجبة عندنا رجوعا الى الامر وبحثه وفيه خلاف مالك فانها عنده

ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك رح والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي
درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رض وقوله من كسوة مثلها اشارة
الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رح في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا
بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة
دراهم ويعرف ذلك في المبسوط

مستحبة في جميع الصور لانه تعالى سماها احسانا بقوله تعالى حقا على المحسنين
واجب بان ذلك مصروف الى الثانية او نصف مهر لئلا يعارض الامر
وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد لقوله متعوا والمراد به هذه المتعة الواجبة
فكيف يصرف الى المستحب والاولى ان يقال الامر وكلمة على في على الموسع
قدره وعلى المقتر قدره ومتاعا وحقا وكلمة في قوله على المحسنين كلها تقتضي
الوجوب وتاكيده فاما ان يبطل ذلك كله لاجل لفظ الاحسان او يتاول
لا وجه الى الاول لعدم التاويل فتاول بان معناه على المحسنين الذين يعملون الواجب
ويزيدون على ذلك احسانا منهم والله اعلم **قوله** والمتعة ثلثة اثواب من كسوة
مثلها درع وخمار وملحفة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا
فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير اي تقدير العدد
مروي عن عائشة وابن عباس رض وذلك لان الحكم مقصور في ثلثة اثواب
ويخرج فيها ما دفا فيكون متعتها ذلك **قوله** لقيامها مقام مهر المثل قال
في النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام
لم يجب في صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده في ايجاب المتعة
بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل او نصفه وفي مهر
المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه **قوله** والصحيح انه يعتبر حاله وهو اختيار
ابي بكر الرازي عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره اي على الغني بقدر
حاله وعلى المقتر اي الفقير المقل بقدر حاله ثم المتعة اما ان تكون زائدة على نصف
المهر المثل او لا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض

٢١٢

وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها
او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رح الاول نصف هذا المفروض
فيتنصف بالنص ولنا ان هذا المفروض تعيين الواجب بالعقد وهو مهر

الاصل ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى خلفه وهو المتعة فلا تزاد
على نصف مهر المثل لما لم يكن فاما ان تكون مساوية له او لا فان كانت
مساوية فلها المتعة ايضا بالنص وان لم يكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم
او لا فان كانت متعة اقل فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلف ولا مهر
اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة دراهم فان لم يكن فلها المتعة فيرجع
فالجواب ان قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم دل على ان المهر
مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في مهور مختلفة بمهر المثل بان كل
ذلك العقد المجمل وكذلك قوله عم ولا مهر اقل من عشرة دراهم فكان معارضا
لاية المتعة والتفصيل على وجه المذكور توفيق بينهما فناسب ان كان القواعد
الاصولية على ما ذكر فيكف **قال** وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية
فهي لها ان دخل بها او مات عنها بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة
وعلى قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض
والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان
هذا تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل لانه لم يكن كذلك لوجب عليه الاقل
من مهر المثل فلانه الواجب بعد العقد ابتداء لعدم التسمية والمفروض في حكم التسمية
فكان كما اذا سمى لها مهرا ثم زادها شيئا فانها تملكه على تقدير الدخول
والموت لكنه يسقط مهر المثل وبزيه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف
فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم الفرض في العقد
لانه هو المتعارف **قوله** اذا زاد في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا

قال واذا زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رح وستذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى
واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف رح اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف
عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها
صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط [illegible] فيه حالة البقاء

واذا اخلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتاكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتاكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حايضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع

ثم

يزفرفانه يقول زيادة جنبة مبدلة لا تلحق باصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا وعند الكل ان يزكي في زيادة الثمن والمثمن وتحرج نتيجة في ذلك **قوله** لان التنصيف عندهما مختص بالمفروض في العقد يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف المتعارف وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه عملا بالظاهر قوله لو فرضته لها فرضا بعد وفرضا **قوله** على ما مر في مسئلة المتعة **قال** واذا اخلا الزوج بامرأته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي وانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع البضع انما تصير مستوفا بالوطي فلا يتأكد المهر دونه لان التأكيد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطي ولم يوجد ولنا انها سلمت وتقرره ان الواجب لا يكون الا مقدورا والمقدور لها تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتاكد حقها في البدل كما في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري واما ما ذكر ان المعقود عليه انما يصير مستوفا بالوطي فصحيح ذلك تسليم وليس ذلك في قدرة المرأة فلا تكون مكلفة به **قوله** وان كان احدهما مريضا بيان ما يكون مانعا من الخلوة حسا كان او شرعا **قوله** وقيل مرضه فصل ان المرض في جانبها متنوع للاطلاق واما المرض من جانبه فعند قبل الصبا متنوع وقيل انه غير متنوع لانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد هو الصحيح وهو ما قال الكته

جهم

اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان فلما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله

مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور **وقوله** وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه لا يباح له الافطار اعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزم كل المهر لانه يلزم القضاء على تقدير الافساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان واجيب بان لزوم القضاء في التطوع يحتمل بالضرورة صيانة المودى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعدو الى افساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان اثره عاما **وقوله** وهذا القول في المهر هو الصحيح اي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر دفعا للاضرار عنها هو الصحيح واما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو انه لا يباح الافطار من غير عذر وحاصله ان المأخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة وهو ان صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمتنع عن الوطي شرعا لما فيه من ابطال العمل الملتزم **قال** واذا اخلا المجبوب المجبوب هو الذي استوصل ذكره وخصيتاه من الجب وهو القطع اذا اخلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر اذ الاصل هو السلامة الا انه وجد سبب الوطي والاصل السلامة في الوصف الصبا فيدار الحكم عليه ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في موضع المستحق

الخ

واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رضه وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الالة ولابي حنيفة رضه ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا تصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه

لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد اتت به بما وجب عليها واما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها كما تقدم وعليها العدة في جميع هذه المسائل يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد اما انها حق الشرع فبدل عليه ان الزوجين لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق الولد فلقوله عم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والعقد شرعت رعاية نسب الولد وهو حق فلا تصدق المرأة في ابطال حق الغير بقولها لم يطأها وقيل معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطأها بخلاف المهر فلا يجب بالخلوة الفاسدة لانه مال لا احتياط في ايجابه قوله وذكر القدوري في شرحه اي في شرحه لمختصر الكرخي وكلامه واضح قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي تجب لكل مطلقة الا لهذه الكلام مرتب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها اوضح في قوله لكل مطلقة وهو مناقض لما تقدم من ان هذه المتعة واجبة للمفوضة ويقتضي ان لا يكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط الظهر وزاد الفقهاء وجامع الاسبيجابي ويقتضي ان لا يكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي رح لانه استثناها عن الوجوب وذكر في الظهرانها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبل الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج اه وهي اختيار القدوري رح وذكر القدوري في شرحه ان التي تجب ادائي رح شرعها تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا يجب لانعدام التمكن حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا

وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريق المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة

فانه ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة التي طلقها قبل الدخول والمستحبة والمستحبة لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول وسمى لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة وكلى الكتب المذكورة واما الشافعي فله في المستثناة قولان في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الكتاب وفي الجديد لا تجب وهو الذي ذكر في الكتاب وهو اصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عنده على ثلاثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون مدخولة اولا فان لم تكن فاما ان يكون مهرها مسمى اولا فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان فهي المستثناة التي لا تستحب لها المتعة وان كانت مدخولة سواء كان مهرها مسمى او لم يكن تستحب لها المتعة وعند الشافعي انها تنقسم الى الواجبة والى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لانها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق وكل ما كان كذلك تجب الا يجب لكل من اوحشت به فالمتعة تجب لكل مطلقة لانها اوحشت بالفراق الا ان في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر وجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة فيقتضي لعود مالها اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا تتكرر فلا تجب المتعة لها وهذه المطلقة وتجب لغيرها واما قال وجبت صلة احترازا عن قولنا ان المهر عوض والمتعة خلف عنه والغاية في ظهرها مسلك من احدهما ان المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض ما فات البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده تستحق عنده

والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا يلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل

وإذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الرجل بنته أو أخته فيكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي رح يبطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد و يجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

ويكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثلث بالعيني المتقدم لانه ينتجه لانه لم يذكر في هذا انه لكنه لما كان متصلا بالمنفي بحكمه وضع الانفصال بين مهر المثل المسمى ان كلا منهما يتبع ايضا الا ما هو المهر عند الله وبيان له كما عرف في الاصول بعضهم هذا قوله في آخر الكلام فلا يجب مع وجوب شيء من المهر نصفا او مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذي سنح لي في حل هذا المكان والله اعلم **وقوله** وهو غير جان جواب عن قوله اوحشها بالزواج ونوزه سلمنا انه اوحشها بالزواج لكن لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل ما فعله باذن الشرع فلا يلحقه الغرامة لوجوب المتعة فكان المتعة بمنزلة المتاع من باب الفضل اي لا الايجاب **قال**

واذا زوج بنته او اخته رجلا على ان يزوجه الآخر بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل وسمي هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما لهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه وقال الشافعي النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداقا لابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما بنصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف للبنت بحكم المهر فيلزم الاشتراك في هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر او الخنزير **وقوله** ولا شركة بدون الاستحقاق جواب الخصم وبيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع البضع لا يصلح ان يكون مملوكا للمرأة اولى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل

وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك يتحقق المعاوضة فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها

لانها صلة بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الزوج والثانية ان المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف على الاصل وعنده تزاد ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة والحال ان العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم على ما عرف في الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل ولا نعني بالخلف الا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا الى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء يكون انها خلف والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئا منه فلا يكون كل المفروض عند الطلاق قبله واعلم انه قيل في توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية وبعضه او شيئا منه نصف المفروض عنده قبله كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية وفيه نظر لانه يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فانه قياسه فكذا المتعة خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الاعدام وجوب المتعة مع وجوب المسمى او بعضه مع وجوب مهر المثل فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه ونوعي من المتصل كما في قوله تعالى المنخنقة والمنافقات بعضهم من بعض اي بعضهم متصل بعضهم ببعض فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا تجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا تجامع شيئا متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله

ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج
الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر اخر برضاه
لانه لا مناقضة فيه وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره
وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم

بالشروط الفاسدة وان تزوج حر امرءة على خدمته لها سنة او على تعليم القرآن
صح النكاح ولها مهر المثل قال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد
حر باذن مولاه على خدمتها سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها تعليم القرآن
والخدمة في الوجهين جميعا سواء كان حرا او عبدا لان ما يصلح اخذ العوض عنه
بالشرط يصلح مهرا لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه اذا
استأجر شخصا على تعليم القرآن او الاذان او الامامة جاز عنده فصار كما اذا تزوجها
على خدمة حر اخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع في عقد النكاح هو الا
بتغاء بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم والتعليم ليس بمال فلا يكون ابتغاؤه
مشروعا وكذلك المنافع على اصلنا لانها لا تبقى زمانين وانما تصير بالعقد مالا
فلا يكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء بها مشروعا وخدمة العبد ابتغاء بالمال
لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وكما هذه النكتة تمنع
جواز النكاح على خدمة حر اخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد
النكاح لما فيه من قلب الموضوع لان عقد النكاح يقتضي ان يكون المرءة خادمة
والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح رق فلو جعلنا خدمة الزوج مهرا يكون الزوج
خادما والمرءة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بخلاف خدمة حر اخر بخلاف
برضاه فانه يصح ان يكون مهرا الا انه يسلم رقبته كالمستاجر ولا مناقضة فيه
على انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف خدمة العبد فانه يخدم المولى معنى
حيث يخدمها باذنه وامره بالنكاح وهذا استغنى عنه ظاهر الاية علم
الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال ويمكن ان يجاب ان ذكره على الدعى

ثم على قول محمد رح يجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة
فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابو يوسف رح يجب مهر المثل لان الخدمة
ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه يثبت الحكم
على الاصل وهو مهر المثل ثم

ولنا اصلهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم قوله ولان خدمة الزوج
الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم
لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية وفي عبارة
الكتاب تسامح لانه قال في الاول ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس
بمال وكذلك المنافع على اصلنا فان كان محمد داخلا في قولنا ولنا فقوله ثم على
قول محمد يجب قيمة العبد لان المسمى مال يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان
المناسب ولهما دفعا للالتباس ويمكن ان يجاب عنه بانه داخل بالنسبة الى التعليم
الى القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال في الاخر ثم على قول محمد
يجب قيمة الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال اعتد العقد الا انه
عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة
وابو يوسف رح يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال اذ لا تستحق
فيه اي لا تستحق الخدمة في النكاح بحال فلو كانت مالا لا تستحق لانه وجد المقتضي
وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو كون المسمى
غير مال وذكر بعض الشارحين ان تسميتها في هذا المكان بكافة وهكذا اولا
لا تستحق فيه بحال وهو حسن لمعنيين احدهما ان يكون كل واحد من قوله لان الخدمة
ليست بمال وقوله اولا تستحق فيه بحال دليلا على وجوب مهر المثل ويكون الاول
اشارة الى قولنا ولنا ان المشروع هو الابتغاء والثاني اشارة الى قوله ولان
خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والثاني ان قوله
اولا تستحق بحال او لانه لو دل ان الخدمة ليست بمال الا بالعقد مع وجود المقتضي

فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه
لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ
وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا اخر في الذمة لعدم تعينها

واستفاد المانع وهو لا نسلم لان المنع الى تنزل لا نسلم انها لو كانت مالا لا تستحق فيه نكاح
وقوله لانه وجد المقتضي وانتفى المانع وهو كون المهر غير متقوم في ذلك بل كونه
مقتضيا مالا ناقصة مانع اخر غير الانتقاص لكن سماعي بكلمة اذ ولقائل
ان يقول قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف مستقيم عنه لانه علم ذلك من الدليل
في مطلع البحث ويمكن ان يجاب عنه بانه اي ادى ذلك تمهيدا لبيان التعليل بقوله
وهذا اي وجوب مهر المثل لان المنافع تتقوم بالضرورة اي لان تقوم المسمى وهو الخدمة
لضرورة حاجة الناس في العقود وهي انما تندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا لم يجب
تسليمه في هذا العقد لمكان التناقض لم يظهر تقومه فبقي الحكم على الاصل وهو
مهر المثل وهو ما اذا لم يجز تسليمه كان او لا فافهم قال فان تزوجها
على الف هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية الى قسمين اما ان تزوجها
على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود او على ما يتعين كالعروض وفي المنطقة والتشقير
ثم كل واحد منهما على وجهين اما ان تهب المهر كل الكل او البعض فان تزوجها
على ما لا يتعين بالتعيين وهو الف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم
طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة درهم لان الزوج يستوجب عليها
الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه نصف الصداق
بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا تتعين
بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة هذه الالف كهبة الف
اخرى واذا لم يصل اليه عين ما يستوجبه كان له الرجوع وكذا اذا كان المهر
مكيلا او موزونا اخر في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها

فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع كل واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس
يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رح لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق
وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف
المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف
كلها المقبوض وغيره او وهبت
الباقي ثم طلقها قبل الدخول
بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه
بشيء عند ابي حنيفة رح

قبل الدخول بها رجع عليها بنصف ذلك لعدم التعيين وهبة ما لم يكن عليها
رد عين ما قبضت قال فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع احدهما على الاخر بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف
الصداق وهو قول زفر لانه سلم اليه المهر بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه له بالابراء
غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه بنصف المهر بالطلاق
قبل الدخول فالزوج يستحق له غير ما يستحقه فلا تبرأ المرأة عما يستحقه
وجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر
وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب اخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف
السبب عند حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لاخر لك علي
الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك فقال الاخر الجارية جاريتك
ولي عليك الف لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو
بيع الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره
او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه
بشيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض
بالكل فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف
ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض ولان هبة البعض اي البعض الذي
لم يقبضه حط والحط يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمسمائة
ولابي حنيفة ان مقصود الزوج وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض قد حصل
قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق كما لو علم اخر دين مؤجل فاعجل

وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل
العقد ولابي حنيفة رح ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا
يستوجب الرجوع عند الطلاق

والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت
وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف
المقبوض ولو كانت تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم
يرجع عليها بشيء في قولهم جميعا وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه
رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه تم

وقوله قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما اذا باعت من زوجها
والحط اجوب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك ان الحط انما
يلتحق باصل العقد اذا كان العقد عقد معاوضة يحتاج الى دفع الغبن
عن احد الجانبين بالزيادة او الحط والنكاح ليس كذلك واستوضح المصنف بقوله
الا ترى ان الزيادة فانه يعني ان الحط والزيادة سيان في الالتحاق باصل العقد
والزيادة في النكاح لم تلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف الزيادة فيما اذا حصل
بالاتفاق فكذلك الحط ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي
مثل ما اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند
ابي حنيفة يرجع عليها بثلث مائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها
باربع مائة درهم لان عنده ما سلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر
فكانه تزوجها على ما قبضت فتنصف المقبوض وهو ثمان مائة ولو كان تزوجها
على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها
بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه
رد نصف عين المهر على ما مر تقريره يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا تبرأ
عما يستحقه وجه الاستحسان ما ذكره ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض
من جهتها وقد وصل اليه وقوله ولهذا اي ولان حقه عند الطلاق سلامة
نصف المقبوض من جهتها لم يكن لها ان تدفع شيئا اخر مكانه بخلاف ما اذا كان
المهر دينا وهي المسئلة الاولى حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في
نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت مكانه شيئا اخر جاز بخلاف

قوله ووجه ذلك ان الحط الخ اقول فيه تأمل فانه يجوز ان يكون الحط لكون المسمى زائدا على مهر المثل والزيادة لكونه ناقصا عنه ثم ليس المقصود في النكاح التجارة والاسترباح منه

قوله ولهذا اي ولان حقه اقول بل هو اشارة الى التعيين المعلوم من سياق الكلام منه

ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت
من زوجها لانه ما وصل اليه ببدل تم

ما اذا باعت

ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد
وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كأن التسمية وقعت عليه تم

ما اذا باعت يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل اليه بدله وهو يستحق
عليها نصف المهر بلا بدل فلا يبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك
يرجع عليها بنصف المهر بلا بدل وقوله ولو تزوجها على حيوان يعني مثل الفرس والحمار
ونحوهما لا مطلقه او عروض في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه
ونوعه فانه يجب الوسط في تسمية حيث ثبت دينا في الذمة فينبغي ان ينقد
فكذلك الجواب يعني اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء
قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته يتعين
عليها رده بعينه وكل ما كان المقبوض عينه متعينا في الرد كان من جنس ما
يتعين بالتعيين فاذا وهبت ما يتعين بالتعيين فان كان الهبة بعد القبض
فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف السبب غير معتبر وان كانت قبله
فقد وصل اليه حقه وهو البراءة عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف
السبب وقوله وهذا لان الجهالة اشارة الى تشبيه الاجود في النكاح
بالحيوان والعروض بلا تعيين واما ان المقبوض متعين في الرد وتقريره
الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح لا ينافي النكاح فالجهالة
لا تنافي النكاح فاذا اشترط ذلك في العقد لصحة العقد ولانه من نفس ما يستحق الانعقاد
عند الحاجة اليه فاذا عين بالقبض صار كأن التسمية وقعت عليه
ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين بالقبض وفائدة الاولى
صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية
عدم رجوع الزوج عليها بشيء ان وهبته له وعدم ولاية الاستبدال

قوله فلذلك يرجع عليها بنصف المهر اولى اي بقيمته منه

وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها من البلدة فلها مهر مثلها لأنه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها فإن أقام بها فلها الألف وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الألفين ولا ينقص عن الألف وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها وقال زفر الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الألف ولا يزاد على الألفين تم

إن لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير **قال** وإن تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة قد تقدم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فإذا تزوج امرأة على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أو على أن يطلق فلانة فالنكاح صحيح وإن كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسدا لأن فيه المنع عن الأمر المشروع فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه سمى ما يصلح مهرا وقد تم رضاها به وإن لم يوف به فلها مهر مثلها وصورة المسألة فيما إذا كان مهر المثل أكثر من الألف لأنه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بأن سمى مع الألف أن يكرمها ولا يكلفها الأعمال الشاقة وما تعيب به وكما لو سمى الهدية مع الألف بأن يرسل إليها مع الألف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها صورة المسألة ظاهرة ووجه قول زفر أنه ذكر مقابلة شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهي الألف والألفان فيفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل ولهما أن ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولأبي حنيفة أن الشرط الأول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لأن الجهالة نشأت منه ولم ينعقد النكاح المطلوب بالثاني والفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا تزوجها على ألفين إن كانت جميلة وعلى ألف إن كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسألة في فتاوى الولوالجي وغيره واضح بأن في الأولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية

وأصل المسألة في الإجارات في قوله إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها إن شاء الله تعالى

ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإذا أحدهما أوكس والآخر أرفع فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع وإن كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا لها الأوكس في ذلك كله وإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع تم

لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن به فصار كالخلع والإعتاق على مال ولأبي حنيفة رح أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق لأنه لا موجب له في البدل إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة تم

لأنه لا يدري أن الزوج يخرجها أو لا وفي المسألة الثانية لا مخاطرة لأن المرأة إما جميلة في نفس الأمر وإما قبيحة غير أن الزوج لا يعرفها وجهالة صفتها لا توجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف لم يذكر وجوه الأقوال وأحاله على باب الإجارة في أحد الشرطين ولم يذكر هناك هذه المسألة وإنما ذكر مسألة الخياطة عليها ستجيء إن شاء الله ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد أصل هذا أن الحال الأصلي عند أبي حنيفة مهر المثل وإنما يصار إلى التسمية إذا صحت من كل وجه ولم تصح للجهالة وعندهما أن الأصل هو التسمية فإنما يصار إلى مهر المثل إذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لإمكان العمل بالأوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والإعتاق على مال على هذا الوجه فإن الأوكس في ذلك متعين وما في الكتاب واضح وإنما قال في مهر المثل إذ هو الأعدل لأنه لا يقبل الزيادة والنقصان لأنه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لأنها تقبلهما **وقوله** إلا أن مهر المثل جواب عما يقال إذا كان مهر المثل هو الأعدل كان المصير واجبا في الأحوال الثلاثة ووجهه أنه كذلك إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة فيعتبر رضاهما **وقوله** والواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الأرفع فيما وجب فيه الأرفع لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه أن الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما يكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة **قال** وإذا تزوجها

واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضـ معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح لان كل واحد منهما معاوضة

على حيوان غير موصوف صورة المسئلة ان يقول تزوجتك على حمار او فرس قال المصـ معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف يريد انه لم يقل جيد او وسط او رديء الى غير ذلك من اوصافه ورد بان الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون المراد من الجنس اسم الجنس وهو ما يطلق على شيء وعلى كل ما اشبهه ويرد عليه قوله اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتفسير المذكور وهو ما يطلق على شيء وعلى كل ما اشبهه ولم يصح به التسمية والحق ان يقال اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم قوله وقال الشافعي رح يجب مهر المثل واضح قوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال معناه ان في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة اما معنى المعاوضة فظ واما معنى التزام المال ابتداء فلانه معاوضة مال بغير مال وكان كالدية والاقرار حيث يلزم فيهما المال من غير ان يكون في مقابلته عوض هو مال فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقرار فان من اقر لانسان بشيء صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى مالا معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرءة كما وجب في الزكوة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير وذلك انما يتصور عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والرديء والوسط فوسطه ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط فيه لاختلاف معاني الاجناس فانه اذا تزوجها على دابة لم يجد نوعا يتوسط فيه

قوله والحق ان يقال اقول فيه بحث فان كلا من العبد والجارية جنس عند الفقهاء وليس نوعا باصطلاح غيرهم بل اخص منه

ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزاما بالمال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما

فان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منها يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

مهر المثل قوله وبخلاف البيع جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ووجهه ان مبناه على المضايقة والمماكسة اي المنازعة لانه معاوضة مال بمال فيه معنى التزام ابتداء فيفسد باصل الجهالة اما النكاح فمبناه على المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم تفحش قوله وانما يتخير متعلق بقوله والزوج مخير ومعناه ان لكل واحد من الواسط والقيمة جهة اصالة اما القيمة فلان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء واما الوسط فلانه المسمى ووقعت عليه فيتخير بينهما ويجبر المرءة على القبول بايهما اتى قوله فان تزوجها على ثوب غير موصوف يعني لم يذكر نوعا منه قوله اذ الثياب اجناس يعني انها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها قوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه ان يبين طوله الى حد يجوز فيه عقد السلم قوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة ان الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم وعنه ان الوصف انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم وجه الظاهر ما ذكره انها ليست من ذوات الامثال بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل وصار كالقيمة وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه مثل ان يقول تزوجتك على كر حنطة او من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته وان سمى جنسه وصفته لا يخير بل يجبر على الوسط لان الموصوف منها يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا او مؤجلا

وان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانه شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح
ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس
بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل تم

ولهذا جاز استيرافه والسلم فيه **قال** وان تزوج مسلم على خمر او خنزير
فالنكاح جائز ولها مهر المثل لانه شرط قبول الخمر شرط فاسد معناه ان قوله
تزوجتك على الخمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط حمولك الخمر وهذا شرط فاسد
والنكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يربوا على ترك التسمية اصلا وذلك شرط
لا يفسده فهذا اولى بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه
بمعنى الربوا وهو يفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة الى قياس ردها لك
النكاح على البيع فانه جاز تسمية الخمر والخنزير لمنع وجوب عوض آخر ولا
يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عينا بها وجعلها ثمنا
لما لم يصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال في حق المسلم كما تقدم في
حق المسلم لم يمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل **قال** وان تزوج امرأة
على هذا الدن من الخل صورة المسئلة ظاهر وحاصل اصلها ان محمدا مع
ابي يوسف في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل
ومع ابي حنيفة في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل ان
المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة في الفصول كلها والتسمية عند ابي يوسف
في الفصول كلها والاشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد
والمصنف قدم دليل ابي يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة وما فيه لكونها
يعني الاشارة ابلغ في المقصود وهو التعريف لان الاشارة تعين وضع اليد
على الشيء ويحصل بها كمال التمييز لان الاشارة الى الشيء واراد في غيره ممتنعة
واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غيره

فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة وقالا لها مثل وزنها خلا فالح
تم

وان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا لها مثل
وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
تجب القيمة لابي يوسف رح انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله
ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رح يقول اجتمعت الاشارة
والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوجها على خمر او حر

واخر دليل محمد رح كانه اشار الى اختيار مذهبه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين
احدهما ان المراد بالماهية الحقيقة من حيث هي وبالذات الموجود في
الخارج فيصح ان يكون مشارا اليه باشارة حسية والثانية ان المراد بالجنس
ما يكون الفاصل بين احاده امرا يوجب التفاوت يسيرا كالعبد والحر
والمبنية والتركية والذكر والانثى في غير الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل
بينهما اكثر من ذلك فيتفاحش التفاوت كالخل والخمر فان الفاصل بينهما في
الاسم والصفة كالحموضة في الخل والشدة في الخمر والكيفية كالاسكار
والعبد مع الجارية فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا
اجتمعت التسمية والاشارة فالتسمية لا تدل على ماهيته اخرى وانما تدل على صفة والصفة
تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار اليه لانه هو
المشار اليه لولا الصفة ولم يعتبر الصفة لتبعيتها وان كانا من جنسين
فالمعتبر هو المسمى لان التسمية تدل على ماهيته خلاف المشار اليه فيكون
المسمى غير المشار اليه في الاستحقاق ان يكون مرادا ولا يكون تابعا له لان
المعدوم لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية ابلغ
في التعريف اذا كانا من جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة
انما تعرف ذاتا مشارا اليه من غير دلالة على حقيقته هذا الذي سنح بالخاطر
في هذا المحل وازيدك بيانا وهو ان كل موضع دلت التسمية فيه
على معنى تحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة
كونه عبدا اذا ارتفعت عاد حرا لعدم الواسطة وكذا في المبنية والتركية
ومحمد رح يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود
في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه
وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات
الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس تم

ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد
مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لتفاحش التفاوت في المقصد
قال تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم
عند ابي حنيفة رض لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف
لها العبد وقيمة الحر ان لو كان عبدا لانه اطمعها بسلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته
والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فيهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفع لا يلزم ان يكون خمرا لجواز ان يكون عصيرا وكذا اذا ارتفع كونها جارية لا يلزم ان يكون [illegible] عبدا لجواز ان يكون حرة وعلى هذا اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة لانه يعتبر الاشارة والاشارة الى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا فكانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب لها مهر المثل لانهما لا يجتمعان ووجه ابي يوسف ظ وكذا وجه محمد لانه في الجنس الواحد يعتبر الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل والائمة ذكر في دليل ابي حنيفة قوله لانه مسمى بناء على ما ذكرنا ان الاشارة تبطل العقد الثاني قوله ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل اكثر من قيمته كما قال فيما اذا تزوجها على الف ان اقام بها الا ان قال وان اخرجها فلها مهر المثل وكما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امرأة على الف درهم وعلى ان يعتق اباها ثم لم يف بالشرط فلها الالف الا تمام مهر مثلها وهذا يدل على ان ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل واجيب بان ذلك الشرط يستحق بعقد النكاح فعند انه يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل واما الحر فلم يستحق اصلا فعلمنا ان الموقوف على ما شرط غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود فلم يجب لها الا تمام مهر المثل
وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رض لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل

واذا وقع التفريق بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء
قال وان دخل

لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه الا بمنعها فيمكن الوقوف على ما اشار اليه قبل النكاح بالتفحص فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها
قال واذا وقع التفريق بين الزوجين في النكاح الفاسد النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله هو يعتبره بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا اعترض الفساد يرجع الى الموجب الاصلي ولنا ان المستوفى من منافع البضع بهذا العقد ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى به ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فجرنا الى ما هو فيه نظير مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي ان لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب لانعدام التسمية اي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت يجب هذا الا تناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم انك اعتبرتها اذا نقصت فهي اذا كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة يجب شمول الوجوب قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها

فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رح هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية وان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف

بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط
وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب
باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد
فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس
بداع اليه والاقامة باعتباره قال ومهر مثلها

وجدت في عقد فاسد فاعتبر فساده اذا ازداد وصحته اذا انتقص
لانعدام رضاها بالزيادة وبهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما قيدت
المستوفى بقوله بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضة فان المستوفى
هناك البضع ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد وقوله بخلاف
البيع جواب عما قيس قول زفر رح وهو واضح وقوله وعليها العدة
يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكر ان الخلوة فيه لا تقام مقام الدخول
فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة ويعتبر الجماع في القبل
حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله الحاقا للشبهة بالحقيقة اي الثابت
من وجه بالثابت من كل وجه في موضع الاحتياط وكان قوله وتحرزا عن
اشتباه النسب تفسير للاحتياط بطريق العطف ويعتبر ابتداؤها من
وقت التفريق لا من اخر الوطئات وقال زفر يعتبر من اخر الوطئات حتى
اذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رات ثلث حيض ثم فرق القاضي تنقضي عدتها
وعندنا تكون عدتها مستقبلة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول زفر رح
وقوله لانها تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث وجود ركنه من
الايجاب والقبول وشبهة النكاح رفعها بالتفريق وقوله التفريق
في موضعه يشير الى انه لا بد من تفريق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق
القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند
بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها
فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد

فان لكل

قال ومهر المثل يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رض لها مهر مثل نسائها وهن اقارب
الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها ولا
خالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها
من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان يتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والدين والعقل والبلد والعصر
لان المهر يختلف باختلاف هذه الاوصاف
وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا

فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض وليس له
ذلك بعد القبض فاما ان يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما
واما ان يكون وضع المسئلة فيما اذا رفعا حكمهما الى الحاكم وقوله ويثبت
نسب ولدها ظاهر مما تقدم وقوله ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول
عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم
الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد لان النكاح الفاسد ليس بداع
اليه والاقامة باعتباره اي اقامة النكاح مقام الوطء باعتبار ان النكاح
داع الى الوطء والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليله بهذا
اشارة الى فساد قياس ابي حنيفة وابي يوسف قال ومهر مثلها يعتبر
باخواتها وعماتها اعلم ان مهر مثل المرأة يعتبر بعشيرتها التي من قبل
ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقوم
امها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة
النساء ولنا قول ابن مسعود رض لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب
لانه اضاف اليها وانما يضاف اليها اقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشيء
انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم ابيه لا من جنس قوم امه
الا ترى ان الام قد تكون امة والابنة تكون قرشية تبعا لابيها ولا يعتبر بامها
وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها بان يكون ابوها تزوج بنت عمه فان امها
وخالتها تكونان من قبيلتها وقوله لما بينا اشارة الى قوله وقيمة الشيء
انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه وقوله ويعتبر في مهر المثل وقوله باختلاف

قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة وان ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من
اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المراة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات
ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح الضمان وان كانت المزوجة صغيرة
بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع

الولي اي البلد وحاصله ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف
بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن وقت التزوج واذا ضمن
الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح
لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان فهو المهر لان
المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه فان قلت يجوز ان يكون مراده
ان الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمراة قلت ينبو عنه قوله ثم
المراة بالخيار وان كان في الصحة سواء وذكر في باب الوليمة من شرح الطحاوي ان
الاب اذا زوج الصغير امراة فللمراة ان تطالب المهر من ابي الزوج فيؤدي الاب
من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب باللفظ صريحا بخلاف الوكيل اذا زوج
فانه ليس للمراة ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن وقوله ثم المراة بالخيار
ظاهر وقوله ويصح ابراؤه اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك
قبضه اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وقوله وولاية قبض
المهر للاب بحكم الابوة جواب عما يقال ان الاب يملك قبض الصداق ايضا
كالوكيل يملك قبض الثمن ولو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز
هناك فكذلك في الاب وقوله وللمراة ان تمنع نفسها اذا تزوجها امراة على
مهر فاما ان يكون المهر كله معجلا او مؤجلا او بعضه معجلا وبعضه مؤجلا
فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل بها فللمراة ان تمنع نفسها
حتى تاخذ المهر ولها ان تمنعه من اخراجها الى السفر ليتعين حقها في البدل فهو المهر
كما تعين حقه في المبدل وهو البضع وصار كالبيع فان للبائع ان يحبس المبيع

وفي البيع عاقد مباشر حتى يرجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد ويملك قبضه
بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه
لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه

[illegible]

قال وللمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين
حق الزوج في المبدل فصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها
حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء
ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع وفيه خلاف
ابي يوسف رحمه الله تم

حتى ياخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين وليس للزوج ان يمنعها من السفر
والخروج عن منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله لان حق الاستيفاء
المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء وان دخل بها فنذكره و
ان كان الكل مؤجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان تمنع
نفسها لانها اسقطت حقها بالتاجيل وفيه خلاف ابي يوسف قال يوجب
النكاح عند الاطلاق تسليم المهر اولا عينا كان او دينا فحين قبل الزوج
الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتاخير حقه الى ان يوفي المهر
بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن او المبيع من مقتضيات البيع الا ترى
الا ترى ان البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم احد البدلين اولا فلم يكن
المشتري راضيا بتاخير حقه في المبيع الى ان يوفي الثمن وقوله لاسقاطها
حقها بالتاجيل باطلاقه يشير الى انه ليس لها المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده
وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظ واما بعده فلان هذا العقد ما اوجب
حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول
عند ابي حنيفة ومحمد فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى وقوله وان دخل
بها يعني في الوجه الاول فكذلك الجواب عند ابي حنيفة يعني للمراة ان تمنع نفسها
حتى تاخذ المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان الدخول برضاها اما اذا كانت
مكرهة او صبية او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا
الخلوة بها اذا كانت برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيره لم يسقط حقها
بالاتفاق ويبتني على هذا استحقاق النفقة تستحقها في مدة المنع عنده

وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها
حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها
برضاها ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة
الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع تم

[illegible]

ولم انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطية تصرف في البضع المحترم فلا يخلو عن العوض ابانة لخطره و
التأكيد بالواحد في الجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد اخر وصار معلوما تحققت المزاحمة
وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى جناية اخرى واخرى يدفع بجميعها

لانه منع بحق والاستيفاء عندهما لانها باشرت تسليم العقود عليه كله وصار
مسلما اليه بالوطية الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر وتسليمه
ينفي حق الحبس كالبايع اذا سلم المبيع **وقوله** وله انها منعت منه ما ان يكون
مناقضة ونوره انا لا نسلم ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطية
الواحدة فانها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطية تصرف في البضع
المحترم والتصرف فيه لا يخلو عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل
صحيح **وقوله** والتأكيد بالواحدة بالوطية الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد
بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا كان لها ان
تخرج قبل اداء المعجل فاذا ادى لم يكن لها ذلك الا باذنه فان قلت فان سكتوا
المهر ساكتين عن التعجيل والتاجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا وقوله تشير
الى ذلك في دليل ابي يوسف آنفا فيكون حكمه ما شرط تعجيله واذا اوفاها
مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا
يخرجها الى بلد غير بلدها وهو قول الفقيه ابي الليث لان الغريب يؤذى قال
ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي
الليث ورد بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله تعالى لان قوله تعالى من حيث سكنتم
مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى ولا تضاروهن وفي قرب المصر القرية
لا يتحقق الغربة سئل ابو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة الى القرية ومن
القرية الى المدينة فقال ذلك بتوبة وليس بسفر واخراجها من البلد الى بلد سفر
وليس بتبوة **قال** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه

واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها
الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة

٤٧

قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على
مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح
لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكرها فالقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه
الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه

لان الاختلاف اما ان يكون في حياتهما او يختلف الورثة بعد مماتهما او يكون
بعد موت احدهما فان كان في حياتهما فاما ان يكون قبل الطلاق او بعده
وجاء كل ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف في اصل التسمية او في مقدار
المسمى اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة بعد
موت احدهما فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول
الزوج او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد وكلام في تحرير
المذاهب ظاهر **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير
قول ابي يوسف ان المراد بما يكون دون العشرة فانه يستنكر تسمية
ما دون العشرة دراهم والاصح ان المراد ان يدعي شيئا قليلا
يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك عادة فانه ذكر بهذا اللفظ
في البيع ايضا اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك المبيع **وقوله** لا يصار اليه
اي الى مهر المثل **وقوله** وهو قياس قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد وانما
خصهما بالذكر ~~...~~
~~...~~
~~...~~
ذكره ونقصه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي لا يجوز ان
~~يكون ...~~
~~...~~
~~...~~

ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن شهد له مهر المثل لانه الموجب الاصلي في باب النكاح
وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكر ... بعد الطلاق
قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها
وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فيحكم كهو ... والصحيح

ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ عشرين دينارا ولا تنقص عن خمسة دراهم في العادة
قل الفقيه بتحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيقبل تحكيمها
في المذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل ونخرج قولهما فيما اذا
اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة ادعت الالفين تم

قال وان اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القول قوله قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء قليل
قال الا ان يأتي بشيء قليل ... فالقول قول الزوج في جميع الصور
لان عند ابي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور **وقوله** لان المتعة
موجبة بعد الطلاق اي موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل
قبله اي قبل الطلاق فتحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله **وقوله** ووجه
التوفيق اي بين روايته الجامع الكبير وبين رواية المبسوط والجامع الصغير
وهو واضح **وقوله** فالقول قوله يعني مع اليمين لان الاصل في الدعاوى ان
يكون القول قول من يشهد له الظاهر بيمينه وان نكل يقضى عليه بالف درهم
كي لا توافق لان النكول اقرار وان كان النفس فالقول قولها اي مع يمينها
لان الزوج يدعي عليها الحط وهي تنكر فان نكلت يقضى بالف درهم لانها
اقرت بالحط وان حلفت يقضى لها بالفي درهم الف بطريق التسمية لاتفاقهما
على تسمية الالف والف باعتبار مهر المثل وفائدة هذا انه يخير الزوج في هذا
الالف ان شاء اعطى الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام البينة
في الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمرأة
تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للزوج
تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا لها
فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها واقيهما اقام البينة
في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني تقبل بينته
لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمس مائة تحالفا فاذا حلفا يجب الف وخمس مائة وهذا تخريج
الرازي رح وقال الكرخي رح يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك تم

كمرأة

ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء
بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لان اعتبار
مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة
ولا يستثني القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح
القول قول من انكر وقالا كما قال في الحياة

المرأة تقبل بينتها لانه يثبت الحط عن مهر المثل وهي تنكر والمرأة تدعي
عليه الزيادة وهو ينكر وينبغي ان يذكر الفاظ بينتهما في البينة انهما تحالفا
فان نكل الزوج يقضى بالف وخمسمائة الف بطريق التسمية لا يخير الزوج
فيها لاتفاقهما على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج
وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يقضى بالف وخمس مائة الف
بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان
التعارض ونص محمد في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لاثباتها الزيادة وذكر
الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا نكلا فقال ثم اذا تحالفا
[above the line:] بعد ما يقضي بينهما
تقبل بينة الزوج لانه ابينهما الكار او ان اقاما البينة فالبينة بينة
المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وهذا تخريج الرازي
وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلثة على قول ابي حنيفة ومحمد وما
ان يكون مهر المثل شاهدا له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل
لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل وانما
يصار اليه من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان القول قول من يشهد له
الظاهر بيمينه ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية
وانكر الاخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع اما
عندهما فلانه الاصل في التحكيم واما عند ابي يوسف رح فلانه تعذر
القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية بالاختلاف فيجب مهر المثل كما لو
تزوجها ولم يسم لها مهرا او لو كان الاختلاف بعد موت احدهما في الحق

واذا ماتت الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج اتفاقا وان لم يكن سمى لها مهرا
فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقال لورثتها المهر في الوجهين تبعا ومعناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في
الوجه الثاني اما الاول فلان المسمى صار دينا في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت
اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت
كما اذا مات احدهما تم

القول قول من انكر وقالا كما قال في الحياة لانه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما
كما ما تنبته من بعد انشا ... تم

كما لو قوم بدون حد ي قال ان نكلت
وجب المسمى الف لانها اقرت
بالحط وان حلفت ايضا وجب
الف وخمسمائة تم

... اولا م

واذا حالفا تعذر التسمية فيحكم
مهر المثل قبل قول ابي بكر الحج لان
تحكيم المهر ليس لايجاب
مهر المثل تم

ولابي حنيفة رح ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب تم

وورثة الميت فالجواب فيه كالجواب في حياتهما في الاصل والمقدار في الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول وفي المتعة قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما الا ترى ان المسئلة المفوضة [illegible] اذا مات احدهما وعنده قول الزوج او ورثته لما تقدم ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رح ولا يستثنى القليل خلافا لابي يوسف فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة يحكم مهر المثل وهو قياس قول ابي حنيفة لكنه رح استحسن ما ذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول قول من انكره ولا يحكم مهر المثل وقوله في تسميته من بعد اشارة الى دليل ابي حنيفة رح في المسئلة التي تلي هذه المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين يعني معناه اي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين المسمى في الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول فهو وجوب المسمى فلان المسمى دين في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته اذا علم انهما ماتا معا او لم يعلم ايهما مات اولا او علم ان الزوج مات اولا واما اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات

قال [illegible] في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا

وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ما ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر

احدهما وهو قياس قوله لكن استحسن فقال ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل يعني تعسر الا ان وضع المسئلة في صورة التقادم وعنه روي انه سئل فقال ارأيت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر مهر ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضى بمهر مثلها والمصنف انما طرح [illegible] وهو ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع اشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة ما ليس بمال اشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط كما لا يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تاكد بالموت ومن بعث الى امرأته شيئا ظاهر وقوله فالقول قوله اي مع اليمين فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترده وترجع بما بقي من المهر وان كان هالكا لم ترجع وقوله لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب وقوله وغيره ما يجب عليه [illegible] بالوجوب لانه اذا بعث الخف والملاءة [illegible] ليس له ان يحتسب من المهر لان ذلك لا يجب عليه وقوله وغيره فقيل كمتاع البيت **فصل** لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين فهم الاصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات احكام النكاح في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي

وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيات في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيات واما في الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيات ايضا لان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم

وأقول يجوز ان يكون الحلفة لتناول المستأمن ايضا فذلك في دينهم اي النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو للحال فليس لها مهر وان اسلما وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة ووافقاه في الحربيين واما في الذمية فان دخل بها او مات عنها فلها مهر مثلها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في الحربيين ايضا وقال الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح ابتغاؤه بالمال على العموم وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم ولهما ان اهل الحرب لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم الا بالالتزام ولا الزام الا بالولاية وقد انقطعت الولاية بتباين الدارين بخلاف الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربوا فانهم يمنعون عن ذلك ويقام عليهم الحدود لانه تعالى انهم لم يلتزموا الكفر ولان الالتزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصوم والصلوة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وليست بموجود لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم

ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربوا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار

قوله وذلك في دينهم اقول ولعل الاولى ان يقال ذكر اشارة الى المجموع ما ذكر من النكاح على ميتة وعلى غير مهر ويجوز الا يحمل قوله بغير مهر على متناول للنكاح بالميتة ايضا

ولابي حنيفة رح ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه محرم في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم

الالتزام وانقطاع الولاية وقوله بخلاف الزنا جواب عن قولهما كالزنا والربوا ووجهه ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركون عليه والربوا مستثنى عن عقدهم بقوله عم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد الا رف تنبيه للا رف استشهادكذا السماع والنسخ وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قالا وفي رواية لا يجب شيء وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الفرق وان في الرواية الاخرى وهي رواية الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فلما لم يوجد التنصيص بما نفي العوض يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فانها ليست بمتقومة عند احد فكان التزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الاسلام من الروايتين ووجه الرواية الاخرى ان احدا لما لم يتدين بتقومها لم يدخل تحت قوله عم اتركوهم وما يدينون فيجب حكم الشرع والاصح ان الكل على الخلاف عنده لا يجب شيء وعندهما يجب مهر المثل وقوله فان تزوج الذمي ذمية ط وقوله وهذا كله اي كل ما ذكر وهو ما كان معتقدين او غير معتقدين عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين اي في العين وغير العين وقال محمد لها القيمة في الوجهين ووجه قولهما انما يجمع بين قولهما وان كانا

وقيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف

فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير معناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا كله عند ابي حنيفة رح

والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت

قوله واما على الرواية الاخرى وهي رواية الجبل [illegible] كالتنصيص الاول فانه اذا باع [illegible] لا ينعقد البيع فكذا [illegible] بالعتق ويجب القيمة على [illegible] في الكلام البيع [illegible]

قوله ووجه قولهما اقول قال [illegible] وخنزير [illegible] وهو قوله ان القبض مؤكد للملك في المقبوض

وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رح لها القيمة في الوجهين وجه قولهما
ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد
وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رح يقول
لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هنا ومحمد رح يقول صحت التسمية لكون المسمى
مالا عندهم الا انه امتنع التسليم
للاسلام فتجب القيمة
كما اذا هلك العبد المسمى
قبل القبض تم

مختلفين فيما بينهما حيث قال ابو يوسف فيهما بمهر المثل ومحمد قال فيهما بالقيمة و
بمهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما يتفقان في ان لا يوجبان عين الخمر والخنزير
ان القبض مؤكد للملك في المقبوض ولهذا ينتصف الصداق بالطلاق قبل
الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شيء الا بالرضا
والقضاء واذا تم يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول
بها لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا يجب الزكاة عليها عند ابي
حنيفة رح في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده واكد للملك شبه بالعقد
لافادته ما لم يكن فيمتنع القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتداء التمليك
بالعقد بعد الاسلام التي كانت شبهة العقد كحقيقته في المحرمات وصار كما
اذا كانا بغير اعيانهما لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما في
افادة ما لم يكن والقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما يمنع عن تسليم نفسها فكذلك
فيما اذا كانا باعيانهما كالعقد واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو
يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك هنا
ووجه قول محمد ظ ووجه قول ابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم
بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للملك وبالقبض ينتقل الملك من ضمان
الزوج الى ضمانها وذلك اي الانتقال لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة
واما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لانه يفيد وجوب
الدين في ذمته والقبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر
او الخنزير وقوله بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين

ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه
وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي
غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف
انما يستفاد فيه بالقبض تم

واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ
عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول
في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب
القيمة اوجب نصفها تم

الا انه يعني بخلاف ما اذا باع الخمر والخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض
فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف
فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع فيه وقوله واذا تعذر القبض
في غير المعين ظ وقوله ولو طلقها اي يعني قول ابي حنيفة في المعين لها نصف
المعين وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر
المثل لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر
المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف لها
المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة فالمقام مختلف فيه
على كل حال والله اعلم بالصواب

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان النكاح ~~ممن ليس له ذلك~~ نكاح من له اهلية النكاح من غير
توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان النكاح من ليس له ذلك
وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد وعلى الجمع لا يجوز نكاح
العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فظاهرة لان منافع بضعها
ملك المولى ولا يصح العقد عليها بدون اذنه واما العبد ففيه خلاف مالك
فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو ظ وكل من يملك
الطلاق يملك النكاح لان الطلاق بسبب النكاح ومن ملك
شيئا ملك سببه الموصل اليه ولنا قوله عم ايما عبد تزوج بغير اذن
مولاه فهو عاهر رواه ابو داود واخرجه الترمذي وقال هذا حديث
حسن ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا

باب نكاح الرقيق لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك يجوز للعبد لانه
يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في
تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما تم

وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا
لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك
تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم
واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد
لوجود سببه من اهله وقد ظهر
في حق المولى لصدور الاذن
من جهته فيتعلق برقبته
دفعا للمضرة عن اصحاب
الديون كما في دين التجارة
تم

اذا اشترى عبدا او امة فظهر مزوجا كان له ان يرده وليس لهما ان يعيبا
انفسهما لان الاباحة لحق المولى فلا يملكانه بدون اذنه وفي هذا التعليل جواب
بمالك فان الطلاق ازالة للعيب ولا يلزم من جواز ازالة العيب جواز
تعييبهما انفسهما ويستشكل بجواز اقرارهما بالحدود والقصاص فان
وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما و
اما على قول ابي حنيفة رح فيجب له الاخذ وهو ايضا اقوى العيوب
فكيف جاز ذلك واجيب بان الرقيق في حقوق الله باق على حريته
والروح لا تدخل في ملك المولى فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به و
هو ... الاصول الفقه وقوله وكذا المكاتب الخ قوله لانه من باب
الاكتساب وقوله فالمهر دين في رقبته يباع فيه كما عرف في الاصول
ان ذمته قد ضعفت في الرق فيضم اليها مالية الرقبة واستدل المص
بقوله لان هذا دين وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما
قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب
في الرقبة فيباع الرقبة فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود
السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من
جهته واما انه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن اصحاب الديون كما في
دين التجارة فيباع الرقبة في المهر كما يباع فيه وقوله دفعا للمضرة
عن اصحاب الديون يعني الغرماء وقوله فليس هذا باجازة لانه اي قوله
طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته الامر الخ

والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء
الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من انفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى
طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا
ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد
تم

او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي
لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا فدخل
بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رض وقالا لا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم
الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون
هذا ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق
تم

لو قال في النكاح الفاسد طلقها كان متاركة واذا احتمل الامرين رجحنا جهة
المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد وقوله او هو ادنى اي الرد ادنى
لانه دفع والطلاق رفع والدفع اسهل من الرفع فكان الحمل عليه
اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق الموقوف ومجاز
في المتاركة والحمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز اجيب
بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك فهو الاقتضاء
على راي المولى فان قال طلقها تطليقة رجعية او تطليقة تملك
الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح
فيتعين الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال
او تزوج اربعا من النساء لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال
وتزوج الاربع من النساء لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان ما كان من
اصل اهلية التصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء
كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الاصول وفي اثبات
الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل في اثبات
الاهلية له وقوله ومن قال لعبده تزوج هذه الامة صورة المسئلة
والاصل المذكور ظاهر وتقييده بالاشارة والامة اتفاقي فان
الحكم في غير المعينة وفي غير الامة كذلك ويبتني على هذا الاصل المذكور
حكمان احدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني
انه اذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك الاصح عند ابي حنيفة رح

لهما ان المقصد من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج
ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق
فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر
والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة
تم

ومن زوج عبدا ماذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان
النكاح بمهر المثل ووجهه ان هذا سبب ولاية المولى لملك الرقبة على ما نذكر والنكاح لا يلاقي حق
الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فصار كدين الاستهلاك

وكان كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء

لانتهاء الادين بالعقد الاول ويصح عندهما ووجهه من الجانبين على الوجه المذكور
في الكتاب ط وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف انه ما تزوج امرأة في الماضي و
كان تزوج صحيحا او فاسدا حنث في يمينه كذا في المبسوط قوله كما في البيع
يعني انه اذا امره بالبيع مطلقا يتناول الى ان تزول التهمة قوله على ما ذكرنا
من ان اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه وتقييده كان بقوله الكل في القدر لا تحقيقه
الذي مبنى الايمان على العرف قوله ومن زوج عبدا ماذونا مديونا امرأة جاز
والمرأة اسوة للغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله ووجهه
وتقريره لان المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك
الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء مقصودا بالابطال منتف
واذا تحقق المقتضي وانتفاء المانع يثبت الحكم لا محالة وانما قال
مقصودا لان المنافاة انما تتحقق بذلك واما اذا كان ضمنا فلا معتبر به
وههنا كذلك لان محلية النكاح بالادمية وحق الغرماء لا يلاقيه لكن اذا صح
النكاح لولاية المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم اشكال
النكاح حتى ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك فصار كالمريض المديون
اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء واذا كان اكثر منه فلا يساويهم
بل يؤخر الى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض قال ومن
زوج امته بوأتها للرجل منزلا وبوأته منزلا اي هيأته ومكنت له فيه ومن
زوج امته فليس عليه ان يبوئها اي ان يجعلها للزوج ببيت الزوج لكنها
تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها وانما يقال ذلك لتحقق التسليم

ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها
وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة
والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها معه بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك
لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح

وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى
منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع
امكان تحصيله من غير ابطال الكثير بتحصيل فله ان يبوئها وان لا يبوئها
وان يستخدمها بعد التبوئة لكنه تسقط نفقتها كما اشار اليه بقوله لان النفقة
تقابل الاحتباس فان قيل انتفاء الاحتباس انما هو لبقاء حق المولى في الا
ستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها عن زوج
لاستيفاء الصداق اجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت
من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة
من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بوأها معه
فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوكة
على مالكه قوله وذكر تزويج المولى يعني ذكر محمد في الجامع الصغير
تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى
اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون
رضاهما نفذ قوله لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك
او النقصان يعني انه اذا قدر زنا فيقع الحد مهلكا او جارحا ففي الاول
هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حد في الزنا فله ان
يرده فيملك الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية
وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان
وليس الكلام في جواز النكاح للامة جبرا لملك بضعها لانه لا يطرد في الاجبار

قال رضه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما
على النكاح وعند الشافعي رح لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رضه لان النكاح من
خصائص الادمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف
الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه

بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها
قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رض وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف
انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم
فيجازى بمنع البدل كما اذا
ارتدت الحرة تم

ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها
والمولى يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل
به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تخصيص الملك لجاز في
المكاتب والمكاتبة ولم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة
فان الملك وان كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا بالاحرار
تصرفا فيشترط رضاهما ومما فرع لطيف وهو ان المولى اذا زوج
مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة
فيما يبتني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت بدل الكتابة فعتقت
بقي النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم
تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة قال في
النهاية وهذا من الطف المسائل واعجبها حيث لم تعتبر اجازة المكاتبة
في حال رقها ولم تعتبر في حالة العتق كذا ذكره تاج الدين ومن زوج امته
ثم ماتت قبل الدخول بها فان ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق
وان قتلها اجنبي فكذلك وان قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة
لا مهر عليه للمولى فالمقتول ميت باجله عند اهل الحق فلا فرق بين
الصور الثلاث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل
كما اذا ارتدت الحرة تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله
يجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارضعت من ام زوجها
او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل

وكما اذا قتل البائع المبيع قبل التسليم والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص و
الدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رح
هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع بينهما ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق
احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه معتبر في حق احكام الدنيا حتى تجب
الكفارة عليه تم

قبل التسليم حيث بايدينا منه ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من اهل
المجازاة ونوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول تجازى
بسقوط المهر فلم يبق في الصغيرة المجازاة واجيب بان المجازاة في
الصغيرة انما يكون على فعل هي محظورة في حقها والردة محظورة اذا
كانت عاقلة بدليل انها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس وقوله
والقتل في حق احكام الدنيا جواب عن قولهما لان الميت مقتول باجله وان
قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة
وبقتل المولى امته لما بيناه من انه منع المبدل قبل التسليم وقوله ولنا
ان جناية المرء ظ وقوله حتى تجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها خطأ وكذلك
يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين قال واذا تزوج امة
فالاذن في العزل الى المولى في هذه المسألة دلالة على جواز العزل وسئل ابن
مسعود رض فقال لا بأس به ولو ان الله اخذ ميثاق نسمة فلو القيتها على صخرة
لخلق منها وروى ابو سعيد الخدري رض عن النبي صلعم مثله وهو ثلاثة
اصناف عزل عن امته المملوكة ولا اذن فيه ...
الا باذنه وعزل عن الحرة والاذن في العزل اليها وهذان بالاتفاق
وعزل عن الامة المنكوحة وفي نفسه اختلاف كما ذكر في الكتاب وهو الاصح
وان تزوجت باذن مولاها او زوجها مولاها ثم اعتقت فلها الخيار ان شاءت
اقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال
الشافعي ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل

قال
واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رض وعن ابي يوسف ومحمد رح ان الاذن
في العزل اليها لان الوطء حقها حتى يثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط
رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل
يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة تم

فان تزوجت امة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله صلعم لبريرة رضه حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رح يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به تم

على ذلك بما روي ان عائشة رضها ارادت ان تعتق مملوكين لها زوجا فسألت النبي عم عن ذلك فامرها بالبداءة بالغلام قال وانما امرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار ولان الخيار منها اذا كان لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا ان عائشة رضها اعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلعم ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله سها فسجد والشافعي محجوج به فان قيل روى صاحب المنتقى باسناده الى عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشة رضها ان بريرة خيرها رسول الله صلعم وكان زوجها عبدا وروى ايضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضه ان زوج بريرة كان عبدا اسود مغيثا فخيرها النبي صلعم وامرها ان تعتد فاني يكون الشافعي به محجوجا قلت روى البخاري ومسلم وابو داود ايضا والنسائي والترمذي وابن ماجة واحمد رحمهم الله ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت الروايات تركناهما وصرنا الى ما دل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان حجة وقد سلكنا مسلك الترجيح في التوضيح بان المثبت اولى من النافي فيطلب ثمه وقوله ولانه يزداد الملك دليل معقول وقد تقدم بيانه ورد بان في عدة الطلاق معتبرة بالرجال فلا تزيد عليها الملك اذا كان الزوج حرا واجيب بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي عليها فيلزم عليها الزيادة اذا اعتقت وان كان حرا ولانه ثم ان امره عليه السلام بالغلام كذلك وانما كان لاظهار فضيلة البداءة

ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة تم

وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت وقال زفر لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان تم

الرجال على النساء فانها لو اعتقت لما ثبت الخيار ايضا عنده وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة تشترط في الابتداء دون البقاء الا ترى ان الزوج ان اعسر خرج عن كفاءتها لم يكن لها الخيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا او عبدا للزيادة الملك عليها وقال زفر رح لا خيار لها لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها وقلنا فيه نظر لما تقدم وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح ولا خيار لها اما صحة النكاح فلوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونها من اهل العبارة وانتفاء المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال واما الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خص الامة بالذكر لتبنى المسئلة بالمهر لانه يختص بالاماء دون العبيد وقوله فان كانت تزوجت بغير اذنه وانما قال في صورة المسئلة بان المسمى الف ومهر المثل مائة ليعلم ان المسمى وان زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي ان يكون ما هو اذا مهر المثل للمولى وما زاد للمرءة لان مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له

وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها

والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالفتح استند الى وقت وجود العقد فصحت
التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد
قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا تم

لا الزائد على قيمة ملكه وصوابه ما ذكره في الكتاب بقوله والمراد بالمهر الالف
المسمى لان نفاذ العتق بالفتوح استند الى وقت وجود العقد
فصحت التسمية ووجب المسمى للمولى ان اعتقها بعد الدخول وبلا فيه ان
اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن
الاستناد قائم لان المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالفتوح
مقتصرا الا ترى ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها
قبل ذلك وتزوجت بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا تحل على
زوجها الاول باعتبار ان العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي
كان قبل الفتوح اجيب بان ما ذكرته قياس فان القياس هو ان يلزمه
مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو
المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا فقالوا
يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول
لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا
الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع
وهذا كما ترى لا يجدي لان المانع من الاستناد على ما ذكره السائل لم يزل بعد
والاولى ان يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك وانما هو
الحاجة الى الصيانة عن اضرار بالمولى فحين اعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح
عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز في ذلك الوقت فظهر
من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف الا انه اوجب

ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه
الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جارية ابنه للحاجة الى
صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا تملك الجارية بالقيمة والطعام
بغير القيمة تم

عن عدم زوال الحرمة الغليظة بان امتناع حلها على زوجها الاول انما كان
لان الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي والمستوفى بالوطء متلاش
فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله وان لم
يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها ولو استند الجواز الى اصل العقد يجب
ان يكون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى
اعتقها اجيب بان حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما
يختلف وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت هو الامة وزمان
العقد هو المولى ولو كان المستحق زمان الثبوت هو الا انه امتنع
استناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق
الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد
من حيث يثبت قال ومن وطئ امة ابنه ومن وطئ جارية ابنه
فولدت منه ولدا فهي ام ولده وعليه قيمتها دون المهر وانما قال
ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب لان محمدا لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير
ووجهه ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء لما روت عائشة ام
ان رسول الله صلعم قال ولد الرجل من كسبه فكلوا من اموالهم وروى
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلعم قال ان اولادكم من اطيب
كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك والحاجة له ولانه تملك مال ابنه
للحاجة الى البقاء فله ولانه تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء فان قيل
لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجبت عليه القيمة كما في الطعام

ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك
غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فيثبت من ان الوطئ بلا في ملكه فلا
يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رح يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما
في الجارية المشتركة وحكم الشئ يعقبه والمسألة معروفة

اجاب بقوله غير ان الحاجة الى التملك دون الحاجة الى الابقاء نفسه ولهذا لا
يجبر الولد على اعطاء الجارية والذي للاستيلاد لكونه غير ضروري
خلاف تملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان غرض بان الا
ستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة او حق الملك كما في المكاتبة وليس
شئ من ذلك بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد
شرطا له اذ المصحح يعني الاستيلاد اما حقيقة الملك او حقه على ما ذكرنا
وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه لانه
بعد ما علق الولد احتاج الاب الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب
ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط واذا
قدم كان الوطئ واقعا في ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب
المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه سقط الاحصان بهذا
الوطئ ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه وقاساه بالجارية المشتركة
فانه اذا استولدها وجب عليه العقر والمسألة معروفة يعني في شروح الجامع
الصغير وغيرها ان الملك عندنا يثبت قبيل الاستيلاد شرطا وعنده
بعده حكما له والذي ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على ان استيلاد
الاب جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطئ في الملك حتى لو خلا
عنه اصلا لم يصح كما في الجارية الاجنبية فلا بد من تقديمه صيانة لفعله
عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق وكذا في باب الجارية المشتركة بين
الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب يثبت النسب ويجب النفقة

ولو كان الابن زوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح
التزوج عندنا خلافا للشافعي رح لخلوها عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال
ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك
على انتفاء ملكه الا انه يسقط
الحد للشبهة

مع قيام نوع ملك وذلك يدل على ان الملك لم يثبت سابقا على الوطئ
وبانه اذا وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله لما وجب
وبانه اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب
عن الاول بانا نقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك
كما وقع في تلك المسألة نوع من الملك قائم فلا يحتاج الى التقديم وعن الثانية
بان اثبات الملك بصفة التقدم كان للصيانة فيقع عن الحرمة وصيانة
الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود ههنا وعن الثالثة بان تقدم
الملك اجتهادي فكان فيه شبهة فتدرئ بها الحد ولو كان الولد زوج
جاريته اباه اي اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر
وولده حر لانه صح التزوج عندنا وقال الشافعي لا يصح لان للاب حق
حق الملك في مال ولده فهي لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه
الحد وكل منزلة حق الملك في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج
امة من كسب مكاتبه لان حق الملك في مال ولده المهر الا ترى ان
استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاده في امة مكاتبه غير صحيح ولنا
ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة
حل الوطئ ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة فمن المحال
ان يملكها الاب بوجه من الوجوه والا لما كان الابن ملكها من كل وجه
وذلك خلف باطل وكذا يملك الابن من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب
لو كان فدل على انتفاء ملكه وقوله الا انه يسقط الحد للشبهة جواب

قوله ولنا ان امة الابن خالية الى اخره فيما ذكره ما يدل على نفي حق الملك الا ان يقال حق الملك يستند على نوع ملك والا فلا يكون حق ملك بل حق التملك

واذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه
فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملك اخاه فعتق
عليه بالقرابة

نحو قول الخصم لو وطئ جارية ابنه فجاءت منه بولد عليه لم يكن ولم يذكره في الكتاب
واذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه
مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه فلا تصير ام ولد له
وقال زفر تصير ام ولد لانه لو استولدها بفجور صارت ام ولد له
فاذا استولدها بنكاح او شبهة نكاح اولى ان تصير ام ولد له ولنا ان
ما ذكرنا ان ماءه صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج الى ملك اليمين لان اثباته
لم يكن الا لصيانة الماء **وقوله** ولا قيمة عليه فيها ظ **وقوله** واذا كانت
الحرة تحت عبد واضح الا الالفاظ التي نبه عليها **قوله** ليصح العتق عنه
اي عن الامر **وقوله** اقتضى طلب التمليك منه تقديره اعتق عبدك
الذي هو لك في الحال عنه بيعك لي اياه بطريق الوكالة عني فيكون امرا
بابتياع عبد الامر عنه **وقوله** اعتقت في كلا بيعي قوله بعت منك
واعتقه عنك فان قيل صرح بالبيع لم يقع العتق عن الامور بالاتفاق
فلا يكون المقتضي اقوى من التصريح به اجيب بان الشيء قد يثبت ضمنا وان
لم يثبت صريحا كبيع الاجنة في ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا
واذا ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في
فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها
فان قيل وجب ان لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين
احدهما ان الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء وما ثبت به ضرورة
يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح والثاني ان الملك

قوله فان قيل لو صرح بالبيع اقول لا ينقلب القبول

قال واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال
زفر رحمه الله لا يفسد

واصله يقع العتق عن الامر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن العهدة وعنده
يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم
فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك
شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله

ههنا كما يثبت من وكيل حكمي للاعتاق وقوله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشرى
اذا اشترى منكوحة لموكله لا يفسد النكاح كالوكيل لان الملك كما يثبت
زال اجيب عن الاول بان الشيء اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه وفساد
النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثاني
بان الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الائمة والى المطاهر
الدباسي ستمعا ان الملك يثبت للوكيل لكن انما لا يفسد به النكاح لتعلق
حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك **وقوله** لانه
يعني ابا يوسف يقدم التمليك بغير عوض هبة تصحيحا للتصرف اي التصرف
الامر لما ان تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد امكن ههنا باسقاط
اعتبار القبض لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي هو
الركن فلان يمكن باسقاط الشرط اولى فكان كما اذا كان عليه كفارة
ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين
ما اذا كان الطلب بعوض او بغيره ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص
وهو قوله عم لا تجوز الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء
وقوله اسقاطه ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط
القبض كما يسقط القبول والثاني ان يجعل القبض موجودا تقديرا **وقوله**
لانه فعل حسي يعني انه ليس من جنس القول فلا يمكن ان يكون ثابتا في ضمن قوله
اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه
فعل حسي والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعي

اقتضى طلب التمليك منه
بالالف ثم امره باعتاق عبد
الامر عنه وقوله اعتقت تمليكا
منه ثم الاعتاق عنه
واذا ثبت الملك للامر فسد
النكاح للتنافي بين الملكين
تم

قوله وقد امكن ذلك باسقاط القبول اقول
القبول ركن ولذا يوجد البيع بدونه
كما في البيع بالتعاطي

ولو قالت اعتقه عني ولم تسم لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا للتصرف ويسقط اعتبار القبض
كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص ولا يمكن
اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي
تم

وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء
ينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه

فيتضح ان ينوب في ضمنه وقوله وفي تلك المسئلة اي في مسئلة الآمر بالاطعام
الفقير ينوب عن الآمر في القبض كالفقير في باب الزكاة ينوب
قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه واما العبد فلا يقع في يده شيء لان
الاعتاق اتلاف للملك وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب في التقرير والله اعلم
باب نكاح اهل الشرك لما ذكر باب الرقيق للمناسبة
التي ذكرنا ذكر من هو ادون منزلة واخس منه رتبة وهم اهل الشرك
الذين لا كتاب لهم واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك
في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه فقيد بعدة كافر لانه لو كان في عدة
مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في اهل
الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته ويجوز ان تتصور
بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم وهذا عند
ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل
الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد في الوجه الاول وهو
التزوج بغير شهود كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة
كافر كما قال زفر له ان الخطابات عامة كقوله عم لا نكاح الا بشهود
وكونه عامة كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا
كما تركناهم في عبادة الصنم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة
قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع
اهواءهم ولهما ان حرمة المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة

وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر رح النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة
الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رح في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني كما قال زفر
وله ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا
او اسلموا والحرمة قائمة وجب التوقف

ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها
ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة رح ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا
للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة للزوج لانه لا يعتقده

النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى يجوزانه ولم
يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولكنا لا نتعرض لهم لمكان عقد
الذمة فاذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما
كما في نكاح المحارم واما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا
فلا نفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة ان حرمة النكاح انما هي
للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة اما ان يكون
للشرع او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولهذا
لم نتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقده حقا له فاذا كان هذا
الوضع على ذلك الغرض فكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي
وهو صدور الركن من اهله مضافا الى المحل وانتفاء المانع بخلاف
ما اذا كانت تحت مسلم فانه اي المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا
صح ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة
ليست شرطا فيها ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح وكذا العدة لا
تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة تجب عليها العدة صيانة
لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم وهذا الكلام يشير الى ان العدة لا
تجب على الكافر وهو الاصح وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح
بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بيع السبي فكان النكاح صحيحا
في الابتداء وحالة الاسلام والمرافعة حالة البقاء والبقاء لا يستلزم
الشروط ولا تنافي العدة كما قلنا فان تزوج المجوسي امه او ابنته معارضة

بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة الاسلام والمرافعة حالة البقاء
والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة

واذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلم فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم
عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا
ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما
وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه
اذ لا يتغير به اعتقاده اما
اعتقاد المصر لا يعارض
اسلام المسلم لان الاسلام
يعلو ولا يعلى تم

او خامسة ثم اسلم احدهما او ترافعا فرق بينهما واذا اما على الكفر ولم يترافعا
لا نتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار ان النكاح المحارم حكم البطلان
فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في العدة واذا اسلم وجب التعرض به والتفريق
وكذلك بالمرافعة واما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا ان الحرمة
اما ان تكون للشرع او للزوج الخ **وقوله** في الصحيح احتراز عن قول مشايخ
العراق ان له حكم الفساد عنده لانه لو لم كان له حكم الصحة لما فرق بينهما
في البقاء **وقوله** الا ان المحرمية جواب عن هذا التشكيك ووجهه ان المحرمية
تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة
فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه حتى لو تم باسلام احدهما يفرق
بينهما بالاتفاق وكذلك بمرافعة احدهما كما ترفعهما لانه يرفعه اعتقاد كحكم
الاسلام كما اذا اسلم واما عند ابي حنيفة فلا يفرق برفع احدهما لان الاخر
قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الاخر اذ لا
يتغير به اعتقاده بل يعارضه بخلاف الاسلام فان اعتقاد الكفر لا يعارض
اسلام المسلم اذ الاسلام يعلو ولا يعلى واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق
بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولو حكما شخصا فلان... وطلبا
منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته **وقوله**
ولا يجوز ان يتزوج المرتد واضح **وقوله** بل لمصالحه يريد به السكنى و
والازدواج والتوالد والتناسل **وقوله** فان كان احد الزوجين
مسلما فالولد على دينه فيل كيف يصح هذا التقسيم ولا وجود لنكاح المسلمة

ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة
لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا
يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح
والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه تم

فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما
باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا [illegible] فالولد كتابي لان فيه
نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي رح يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة
وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا
عند ابي حنيفة رح ومحمد وان اسلم
الزوج وتحته مجوسية عرض عليها
الاسلام فان اسلمت فهي
امرأته وان ابت فرق القاضي
بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا

مع كافر اي كافر كان اجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت
المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد حتى ولدت **وقوله** والشافعي
يخالفنا فيه اي في جعل الولد تبعا للكتابي للتعارض فان الكتابي يوجب
حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض
اذ الكفر ملة واحدة والترجيح بالحرم ونحن بينا الترجيح وهو قوله لان فيه نوع
نظر له فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح
فمن ابن يقوم الحجة قلت ترجيحنا بدفع التعارض وترجيحه برفعه بعد وقوعه
والدفع اولى من الرفع لان كم من واقع لا يرفع **قال** واذا اسلمت المرأة و
زوجها كافر اطلق الكفر ثم قوله وزوجها كافر لعدم [illegible] نكاح المسلمة
مع اي كافر كان وقيد الزوجة بالمجوسية [illegible] لانها ان كانت كتابية فلا عرض
والا ثبوت وكلامه واضح **وقوله** كما في الطلاق يريد ان نفس الطلاق
قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضاء العدة **وقوله**
الا انقضاء ثلث حيض ليس بصواب لان العدة عنده بالاطهار وقيل
معناه كان الشافعي يقول وينبغي ان يتأجل الحكم الى انقضاء ثلث حيض
ويجوز ان يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتوقع وما لم يعتبر لها
يعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء وبيان ان الفاحشة بالنكاح قد فاتت
وتوفرت باسلام المرأة او زوج المجوسية فاتت الفائدة بالنكاح و
جوازها وهو حادث المرأة لابد له من سبب فاما ان يكون هو الاسلام او
الكفر ثم بني عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا تصلح سببا لفوات النعم

وقال ابو يوسف رح لا يكون طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح لا يعرض الاسلام لان فيه
تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس
الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق تم

ولنا ان المقاصد وهي الملك والازدواج وانقضاء الشهوة وغيرها قد فاتت فلا بد من سبب يبتني عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك وجههما انه بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة م

ولا اباء ابتداء لان الكفر يبقى على كفره فقد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فواتها بقاء فلا بد من امر اخر يبتني عليه فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد به ان اسلم او تثبت ما يصلح لذلك وهو الاباء فان الاباء يمكنه صالح لسببية النعم واذا اضيف الفوات اليه اضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء وفي كلام المصنف نوع اغلاق لانه يفهم عليه ان يقال فوات المقاصد يصلح سببا يبتني عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن اذا تأملت فيما ذكرته صح ما ... ازال تلك الشبهة ولما فرغ عن البحث مع الشافعي شرع فيه مع ابي يوسف في ان الفرقة في الوجهين لا تكون طلاقا ووجه قوله ما ذكره ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا تكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين والواقعة بالمحرمية ولهما ان الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف لما تقرر من فوات المقاصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح بالاحسان كما في الجب والعنة وقوله مع قدرته عليه بالاسلام زيادة تأكيد واري ان تركه كان افضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة وقوله اما المرأة فليست باهل للطلاق واضح وقوله فاشبه الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله

واما المرأة فليست باهل للطلاق فلا تنوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما بابائها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة م

واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر م

قوله واذا اسلمت المرأة في دار الحرب ظ وقوله والعرض على الاسلام متعذر من باب عرضت الناقة على الحوض من القلب الذي لا يحتاج عليه الا لنكات البلغاء وقوله فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض الثلث ان كانت ممن تحيض او ثلثة اشهر ان لم تحض مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفويت القاضي عند اباء الزوج الاسلام وكانه اراد انه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الاباء وقوله كما في حفر البئر يعني في اقامة الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى الثقل الواقع في البئر لانه حدث على قاعدة الطبع لانه هو العلة لكنه تعذرت تلك لكونها طبيعيا لا تعدي فيه ثم اضافته الى السبب وهو الماشي وقد تعذرت لان المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيف الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم يعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعدي لانه غير ملكه الى اخره وموضعه اصول الفقه ثم المرأة اذا كانت المسلمة فهي كالمهاجرة عليها سيأتي حكم المهاجرة واذا كانت الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها عندنا وان في بعض الكتب كما قاله في دار الاسلام من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان كان بعده بعد انقضاء العدة ومبنى ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فيستوي فيها المدخول وغيره وهذا لان الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة

ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح يفصل كما قاله في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها م

في مسئلة المهاجرة

وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وسيأتيك بيانه ان شاء الله واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت الفرقة بينهما وقال الشافعي رح لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي رح وقعت فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون السبي وهو يقول بعكسه

وهو الطلاق فجاز ان يعتبر السبب في الكل اذا كان قبل الدخول فلا حاجة الى مضي الحيض واما بعده فالغرض انه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة ضبطا ... واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها بالاجماع لان احكام الشرع لا تثبت في حقهم **قوله** وان كانت هي المسلمة **قوله** فلان يبقى اولى لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل في النكاح حالة البقاء وان لم يتحمل في الابتداء الا ترى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة عن وطي بشبهة ابتداء **قال** واذا خرج احد الزوجين صورة المسئلة ظاهرة والاصل في ذلك وتوجيه دليل الشافعي ان التباين اثره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته انقطعت ولم يؤثر في الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم **قوله** اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الصفاء له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي يقتضي الصفاء يسقط الدين عن ذمة المسبي لاثبات المذهب ولنا ان المصالح لا تنتظم مع التباين حقيقة وحكما وتوجيهه تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم ان لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل التوارث والسكنى وهذا لاثبات المذهب **قوله** والسبي يوجب

له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية

والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج

ملك الرقبة لرد دليل الخصم وتوجيهه السبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو زوج امته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالحرمة وغيرها سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع **قوله** وصار اي صار السبي كالشراء من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة **قوله** ثم هو اي السبي يقتضي الصفاء اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفاء ولكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك ليس محل عمله لان ذلك من خصائص الانسانية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي من محل عمله لانها اي الرقبة **قوله** وفي المستأمن جواب عن قوله كالحربي المستأمن او المسلم المستأمن وكان قد احترز بقوله وحكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة اي تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام وخرجت مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع ابدا جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رح وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا يجب على المسبية بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا

لان السبي يقتضي الصفاء

ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام

ولابي حنيفة رح ان العدة اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارًا لخطره ولاخطر لملك الحربي ولهذا لا يجب العدة على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها الزوج حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطًا م

بانها لا يجب عليها العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الهجرة اورثت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت ولو مات وجبت العدة فليجب ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمات فكان فلو جعلنا منها العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه لا الى اثر وحاصله ان التباين يرفع حكم الموت الا ترى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد عن ابي حنيفة لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع احتياطا كام الولد اذا حبلت من مولاها لا تتزوج حتى تضع وروى ابو يوسف والحسن عن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها لانه لحرمة للحربي كما في الحبلى من الزنا فانه لا حرمة للزاني قيل والاول اصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وحقيقته ان الحمل من الغير يمنع الوطء مطلقا وثابت النسب يحرم فيمنع النكاح ايضا دون غيره وحله واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام والعياذ بالله وقعت الفرقة بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل وعند الشافعي ان لم يدخل بها فكذلك وان دخل بها تنقضي ثلث حيض بناء على ما ذكرنا له من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا ينقص عدد الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت من المرأة فبغير طلاق وهو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه من قوله امتنع من الامساك بالمعروف وابو يوسف مر على ما اصله في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق

واذا ارتد احد الزوجين والعياذ بالله تعالى عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق م وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحه وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بالطلاق هو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف رح مر على ما اصلنا وابو حنيفة رح فرق م

ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان يجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح على ما مر م

فما يختص بالزوج وابو حنيفة فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة بالاباء من الزوج طلاقا دون الردة ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال وتبطل ملك النكاح والطلاق ليس بمناف للنكاح لانه رافع له بعد تحققه فبينهما منافاة والمسبب عن المنافي الرافع له لا بقاء فيه فلا يكون الردة طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف وليس بمناف للنكاح فيجب التسريح بالاحسان على ما مر واعترض بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك العين بل بقصره وقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمة لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول ان ما يرجع الى المحل في الابتداء والمنافية سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء ونوقضت بحصول ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور اثره وفرع هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فكالميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود الا بعود

وبهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة فان ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلها نصفها ولا نفقة لان الفرقة من قبله واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رح يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما

بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية ببقاء محلها لانها في دار الاسلام الا ان تباين الدارين كان مانعا من وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال ابو يوسف يقع الطلاق لان العدة باقية عنده قوله ولهذا تتوقف الفرقة توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء قوله ثم ان كان الزوج ط قوله ولا نفقة متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها لا لها ما يليه لان المختلعة اذا كانت غير مدخول بها وقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها لانها لا تجب الا في العدة ولا عدة في غير مدخول بها قوله لان الفرقة من قبلها فصارت كالناشزة ولا نفقة لها قوله وان ارتدا معا والخ ووجهه ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ومنعوا الزكاة وبعث اليهم ابو بكر الصديق رض الجيوش فاسلموا ولم يامرهم بتجديد الانكحة والصحابة متوافرة فحل ذلك محل الاجماع يتبرك به القياس فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد واقع منهم معا لجهالة التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وانما يجعل في الحكم كانه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد الارتداد اي بعد الارتداد معا فسد النكاح لاصرار الاخر على الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم ثم ان كان الاخرة هي التي اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شيء لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد اسلام الاخر كانشاء الردة والله اعلم

ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يامرهم الصحابة رض بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الاخر على الردة فانه مناف كابتدائها والله اعلم بالصواب

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احداهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله صلعم من كان له امرأتان ومال الى احدهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضه ان النبي عم كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة

باب القسم

لما فرغ من ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة لكن اخره لما هو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدم الرجوع ولزوم الزوج وغيرها اوجب تاخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع في اكثر النسخ واذا كان للرجل امرأتان بتذكير كان مع اسناده الى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه واضح وقوله ولا فضل فيما روينا يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما رويناه من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي ان كانت الجديدة بكرا فضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة رضه ان النبي صلعم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث والحاصل ان الاختلاف في موضعين في الوفاء بين البكر والثيب وفي تفضيل الجديدة على القديمة ففي المقرر الاول بقوله ولا فضل فيما روينا وللشافعي بقوله لاطلاق ما روينا وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة رضه انه عم قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن وذلك تعول للزوج ان يبتدئ بالجديدة ولكن تشترط ان يسوي بينهما ولان القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة

ولا فضل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما رويناه ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك

والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة
في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احديهما حرة والاخرى امة
فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من
حل الحرة فلا بد من اظهار
النقصان في الحقوق والمكاتبة
وام الولد والمدبرة بمنزلة
الامة لان الرق فيهن قائم

والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة متساوات بينهن
في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذا في طرف الرجل المجبوب
والخصي والعنين والغلام الذي لم يحتلم اذا دخل بهن من نسائه يجب
عليهم القسم قوله والاختيار في مقدار الدور للزوج ظ قوله بذلك
ورد الاثر يعني ما روي عن علي انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة
الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع قوله ولان حل الامة
انقص من حل الحرة فانه دل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة والعدة وايما كل
فيها وموضعه اصول الفقه فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق لان الحكم
يثبت بقدر دليله والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة
لان الرق فيهن قائم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة قوله
ولا حق لهن في القسم حالة السفر هذا الكلام مشتمل على ثلث مسائل
احدها ان القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي مستحقة والثانية انه
اذا سافر بواحدة بغير قرعة ثم رجع هل للباقيات ان يحتسبن تلك المدة
اولا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان الاقراع
اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التي كانت
معه فينبغي ان يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول
وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر
ليس بمستحق فلا يجب التسوية فلا يكون تلك المدة محسوبة من حقها
والثالثة ان بعضهن ان رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز وان

قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر يسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع
بينهن فيسافر الزوج بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رح القرعة مستحقة لما روي ان النبي عم
كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب
الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب
واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن

ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز
لان سودة بنت زمعة رضه سألت رسول الله صلعم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها
لعائشة رضه وله ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط والله اعلم

رجعت في ذلك هكذا ذكره وكلامه واضح قوله لانها اسقطت حقا
لم يجب بعد فلا يسقط يوضحه ان الاسقاط انما يكون في القائم لان ما
ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية
وللمعير ان يرجع متى شاء اذا قلنا كذلك هذا والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل
الرضاع في فصل المحرمات واتى بكتاب له على حدة لان له احكاما
جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره وثبت الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور
العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق في حرمة المصاهرة وكما ان
الاعلاق امر خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطي
كذلك نشور العظم وانبات اللحم امر خفي له سبب ظ وهو الرضاع
فاقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبالكسر وهو لغة فيه
مص اللبن من الثدي وفي الشريعة عبارة عن مص مخصوص
وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الادمية
في وقت مخصوص على ما ذكر بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل في
مدة الرضاع تعلق به التحريم عندنا وقال الشافعي رح لا يثبت
الرضاع الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله صلعم
لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة
فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال
به انه يدل على ان القليل منه غير محرم واما ان يكون بخمس شبعات

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم
وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عم لا تحرم المصة
ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الاية وقوله صلعم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات
اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به ـ م

فليس له دلالة على ذلك لكن ما اتفق به مذهب حفصة بنت ابي بكر لا
مذهبه لعدم القائل في الفصل وفيه نظر لان من ادعى بالطواهر من
يقول بثلاث رضعات او بسبعات ولو تمسك بحديث عائشة كان فيما
انزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات
معلومات يحرمن ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلعم كان ادل على المطلوب.
لكن قوله مما يتلى بعد رسول الله عم يضعفه لانه لا نسخ بعده وقوله
قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب من غير فصل يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب
بخبر الواحد لا يجوز على ما عرف وقوله ولان الحرمة اي دليل معقول
يتضمن جواب سؤال مقدر تقديره تحريم الرضاع باعتبار انشاز
العظم وانبات اللحم وليس ذلك في القليل وتقرير الجواب الحرمة
وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم
لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه جواب عن استدلال
الخصم بان ما رويتم اما مردود بالكتاب لان العمل به اقوى على تقدير
ان يكون الكتاب قبله او منسوخ ان كان بعده والانشاز بالراي المهملة
الاحياء وفي التنزيل واذا قيل انشزوا ومنه لا رضاع الا ما انشز العظم
وانبت اللحم اي قواه وشده فكانه احياه ويروى بالزاي كذا في
المغرب وقوله وينبغي ان يكون في مدة الرضاع ط وقوله لان الحول
حسن للتحول من حال الى حال باعتبار ضوال الحول الموجب لتغير الطباع

وينبغي ان يكون في مدة الرضاع لا بعدها على ما نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة
رحمه وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر رح ثلاثة احوال لان الحول حسن
للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ـ م

اول بعد ثلث اسطر

ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال
حولان وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين وله هذه الاية ووجهه انه تعالى
ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه
قام المنقص في احدهما فبقي
في الثاني على ظاهره ـ م

ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين يعني في وجه قول ابي حنيفة فيقدر
اي الزيادة به اي بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ووجه الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة الحمل والفصال ثلثين شهرا ومدة
الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقوله عم لا رضاع بعد
حولين ولابي حنيفة هذه الاية يعني قوله وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ووجهه ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين يعني الحمل والفصال وضرب لهما
مدة وهو قوله ثلاثون شهرا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل
واحد منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للدينين فانه مثل ان يقال لفلان
علي الف درهم وعشرة اقفزة حنطة الى شهر فانه يكون الشهر اجلا
لكل واحد من المذكورين الا انه قام المنقص في احدهما يعني الحمل وهو
حديث عائشة الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة
مغزل فان قلت هذا [redacted] على تقدير كونه حديثا يلزم منه تغيير
الكتاب وهو لا يجوز اجيب بان في الكتاب ما دل على ان فيه التغيير
جعلوا الاجل المضروب للدينين منقوصا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب
على ما استدل به الكتاب قطعية ويؤيده ما روي ان رجلا تزوج امرأة
فولدت لستة اشهر فجيء بها الى عثمان فشاور في رجمها فقال ابن
عباس ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله يقول
وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن
حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله حولين فتركها واذا لم يكن

قوله فلم يكن دلالة الكتاب لا احتمال ... الدلالة ... الاستدلال

ولانه لابد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب تم

ولانا على ذلك كونك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة شرعية بآية مأولة ولا بعد فيه ولانه لابد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل بتغيره انبات الحياة وذلك اي التغير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا هو الذي وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنة كما في الفتح وقدرناه بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع فان غذاء الجنين كان غذاء امه ثم صار لبنا فانها كما ان غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لان غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام اخرى لانه يفطم تدريجا وكان الحاصل انه لابد من تغير الغذاء وتغير الغذاء بستة اشهر فلابد من ستة اشهر و

قوله والحديث محمول يعني قوله عم لا رضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق وانهم ائمة الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من لا رضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفي استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة اجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله عم لا رضاع لنفي الجنس وجنسه قد يوجد بعد حولين وكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه اي وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تع والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين

واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رض اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الادمي تم

بدليل قوله بعده فان ارادا فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء متعلقا بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا اثر للتراضي في ازالة التحريم شرعا **وقوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم او لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل الحولين او قبل ثلثين شهرا عند ابي حنيفة ثم ارضعته امرأة قبل ان يمضي عليها مدة الرضاع يتعلق به حق التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظ ومن الناس من يسوي بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تمسكا بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا وروي ان ابا موسى الاشعري سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى قال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم وعليه انعقدت الصحابة على هذا **قال** يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا من قوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح

وقوله الا ام اخته من الرضاع جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل

قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاعة فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة ابيه او امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا

وذكر في الاصلاب في النفى لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم
وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير
الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان
الحرمة لشبهة البعضية و
اللبن بعضها لا بعضه تم

ان يكون له اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج
ام اخته التي كانت امها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا فيقل
ان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امرأة واحدة اجنبية و
للصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته
التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضيعا **قوله** لما روينا
اشارة الى قوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله**
لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما في الجاهلية
فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع او لاسقاطهما
جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط اجيب
بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عم
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا
يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة **قوله** ولبن
الفحل من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل
وكلامه واضح **قوله** صلى الله عليه لعائشة رض ليلج عليك افلح فانه
عمك من الرضاعة دليل واضح على ذلك فان عائشة رض ارتضعت
من امرأة القعيس وكان اسم اخي القعيس افلح فلما كانت تلك
المرأة اما لها كان زوجها ابا لها واخو الزوج عما لها لا محالة وروي
انها قالت يا رسول الله ان افلح اخا ابي القعيس دخل علي وانا في
ثياب فضل فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت

ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عم لعائشة ام المؤمنين
رض ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في
موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت
اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها تم

وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل
لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت لانه
اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة
لانها عمته من الرضاعة

اني ارضعتني امرأة لا الرجل فقال عمك من الرضاعة وذلك لا يكون
الا باعتبار لبن الفحل ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه
في موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشيء في اثبات الحكم
اما ان يكون مثل ذلك او دونه لا فوقه وههنا لو ارضع الصبي من ثدي
الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف يثبت
منه بارضاع اللبن بسببه ولا شك في ان اللبن الحاصل من نفسه
اجيب بان هذا نوع الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذي
لاجله يثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل فان
ما ينزل من ثدي الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات
اللحم وهو نظير وطء الميتة فانه لا يوجب حرمة المصاهرة وان
كان السبب موجودا او انما اختاروا هذه العبارة وهي قوله
فانه يوهم ان المراد به ما ينزل من ثديه الصبي ليعلم ان المراد به
ما ينزل من المرأة بسبب الولادة او الحمل من زوجها حتى لو نزل
اللبن لمن دونهما كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المرأة خاصة
لا لبن الفحل وان كانت تلك المرأة تحت زوج وليس حل
الوطء في الاصل شرط الحرمة حتى لو زنا بامرأة فولدت منه
فارضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل للزاني هذا
ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا للاجداد وان علوا ولا للاحفاد
لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني **قوله** ويجوز ان

وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب الماء [على] اللبن
لم يتعلق به التحريم خلافاً للشافعي رحمه الله هو يقول اللبن موجود فيه حقيقة ونحن نقول
المغلوب غير موجود حكماً حتى لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين تم

يتزوج الرجل وأخته وقوله وكل صبيين اجتمعا غلب الصبي على الصبية
كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحدة أي ثدي امرأة واحدة
لأنهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء وهذا
لأن ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك تختص ببني آدم
دون الأنعام وقوله ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت
قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب
أحد على المفعولية من ولد التي على طريق الإضافة وهذا هو الأصح من
النسخ وفي نسخة أخرى ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت
بعكس الأول في الفاعلية والمفعولية وهذا أيضاً صحيح وكان كلاهما
بخط شيخي ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين وهما بصيغة
اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ما ذكرنا ويكون هذا
التقدير إن لا بد وأن يكون من الولد الذي أرضعته معرفاً باللام و
كلامه ظ وقوله وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب
فسر محمد رحمه الله الغلبة قال إن لم يغير الدواء اللبن يثبت الحرمة و
إن غير لا يثبت وقال أبو يوسف رحمه الله إن غير طعم اللبن ولونه
لا يكون رضاعاً وإن غير أحدهما يكون رضاعاً وقوله خلافاً للشافعي
عنده إذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في حب
من الماء فشربه الصبي يثبت به الحرمة هو يقول موجود حقيقة
فيكون معتبراً لأن المحسوس لا ينكر ونقول مغلوب والمغلوب في مقابلة

قوله فسر محمد الغلبة قال إن لم يغير الدواء اللبن يثبت الحرمة أقول فيه ... في الاختلاط بالماء ... التفسير ... سعدي چلبي

الغالب

وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وإن كان اللبن غالباً عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
إن كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم قال رضه قولهما فيما إذا لم تمسه النار حتى لو
طبخ به لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعاً لهما أن العبرة للغالب كما في الماء إذا لم يغيره شيء عن حاله
ولأبي حنيفة أن الطعام أصل
واللبن تابع له في حق المقصود
فصار كالمغلوب ولا معتبر كالمغلوب
بتقاطر اللبن من الطعام
عنده هو الصحيح لأن التغذي
بالطعام إذ هو الأصل تم

الغالب غير موجود حكماً كما في اليمين حلف لا يشرب لبناً فشرب لبناً مخلوطاً
بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فإن قيل فعلى هذا إن اعتبرت جهة
الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وإن اعتبرت جهة الحقيقة يثبت لأن اللبن
موجود حقيقة وإن قيل فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطاً أجيب بأن
التعارض لم يثبت لأن التعارض يعتمد المماثلة بين الحجتين على السواء
وههنا لم يثبت المساواة بينهما لأن للغالب فضلاً ذاتياً وللمغلوب
فضلاً حالياً وهو جهة الحرمة وكان الترجيح بمعنى راجع إلى الذات لا بمعنى
راجع إلى الحال وهذا كما ترى متناقض لأنه نفى التعارض وأثبت الترجيح
بالفضل الذاتي ولا ترجيح إلا بعد التعارض والصواب أن يقال لا تعارض
لأن الحقيقة لا تعارض الحكم لأن الحرمة بالرضاع أمر حكمي فما لم يكن
في الحكم موجوداً لا مدخل له فيه نعم يمكن تعارض ضرباً بترجيح أحدهما راجع إلى الذات
والآخر إلى الحال والأول أولى في موضعه الأصول ويؤيد ما ذكرنا ما إذا
وقع قطرة من الدم أو الخمر في حب من الماء لا ينجسه وإن غلب الماء
حقيقة لأنه لم يكن غالباً حكماً لأن علة الماء في الحكم هو أن يكون عشراً
في عشر وما دونه في حكم القليل فلم يكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت
مرجوحة معه وقوله وإذا اختلط اللبن بالطعام واختلط وقوله
لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعاً سواء كان غالباً أو مغلوباً أما إذا
كان مغلوباً فظ وأما إذا كان غالباً فلأنه إذا طبخ بالطعام يصير اللبن
تبعاً للطعام وإن كان غالباً حتى لا يسمى لبناً مطلقاً وقوله فصار

فضلا حاليا

قوله ويؤيد ما ذكرنا أقول
بل هو يؤيد الحقيقة للتعارض
الحكم سعدي چلبي

لا ينجسه

وان خلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء
لتقويته على الوصول واذا اختلط لبن المرأة بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به
التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء

اما ما لم يكن نجسا

كالمغلوب فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اما اذا لم يكن مغلوبا و
يكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب عنه نهذه منافشة لفظية
تندفع بجعل الكاف زائدة قوله هو الصحيح احترز عن قول بعضهم
في قول ابي حنيفة ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل
اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فيثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن
اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت
على كل حال عنده لان التغذي بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر
هو ما يقع به التغذي الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب
فيه تعلق التحريم به لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء
يخلط به لتقويته على الوصول الى ما يتصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان
الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوي الغالب والمغلوب
لان وصول قطرة منه محرم قلت النظر هاهنا الى المقصد فاذا كان غالبا
كان المقصد الى التغذي به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان
مغلوبا كان المقصد الى التداوي واللبن لتشربه الدواء يتبع الاعتدال
قوله واذا اختلط دون اختلط قوله لان اللبن يبقى مقصودا قال
واذا اختلط اللبن بلبن شاة صدر المسئلة ظ وهذا تعليل ابي
يوسف رح في المسئلة الثانية كما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم
بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب في البحر ووجه قول محمد رح
وزفر ان العلة هاهنا غير مقصودة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة

قوله وفيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اقول اريد انه غير موجود حقيقة او انه غير موجود حكما ... الملاقاة ... لانه ليس كذلك وان اراد انه مغلوب حقيقة فقط ... سعدي چلبي

واذا اختلط لبن المرأة بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة
لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم
باغلبهما عند ابي يوسف رح لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء
الحكم عليه [illegible] وقال
محمد وزفر يتعلق بهما التحريم
لان الجنس لا يغلب الجنس
فان الشيء لا يصير مستهلكا
في جنسه لاتحاد المقصود

بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوت
منفعة المستهلك فذلك يتحقق باختلاف المقصود والمقصود
هاهنا ليس بمتحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصد
فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فيثبت الحرمة بهما
جميعا وعن ابي حنيفة في هذا روايتان في رواية قوله كقول ابي يوسف
وبه قال الشافعي في قول وفي رواية كقول محمد وزفر واصل المسئلة
في الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها
بلبن بقرة اخرى وهذا غالب فشرب به فهو على هذا الاختلاف
عند ابي يوسف لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد
يحنث لان الشيء لا يصير مستهلكا بجنسه قوله واذا
نزل للبكر لبن الخ واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي
يتعلق به التحريم خلافا للشافعي فقيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت
واوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر هو يقول الاصل
في ثبوت الحرمة هو المرأة لان الحرمة تثبت منها ثم يتعدى منها
الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها حتى يتعدى الى غيرها
ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز
والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا
كما انه لم يخرجه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة
فيها لا بالنظر في الحرمة دفنا وتيمما فان كان لهذه الحرمة

واذا نزل للبكر لبن
وعن ابي حنيفة رحه في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان
فارضعت به صبيا تعلق التحريم لاطلاق النص ولانه [illegible] سبب للنشوء فتثبت
به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي
رح

قوله وبالموت لم يبق محلا ... فلو حلب قبل الموت واوجر بعد الموت ... تثبت به ... تحنيث

هو بقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو الكرامة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت
لم يبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة قولنا ان اللبن هو سبب الجزئية
وذلك في اللبن بمعنى الانتشار والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة
تظهر في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت
فافترقا

التي او حرا لبن هذه الميتة في فم زوج كان لهذا الزوج ان
يدفنها وييمم الميتة لانه صار محرما لها حيث صارت ام امرأته
وقوله واما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة
المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة فبالوطء انما تثبت على انه
محل الحرث لنسبته الجزئية ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا
وقوله واذا احتقن باللبن في النهاية صوابه حقن لا احتقن
مبنيا للمفعول غير جائز فيضحي [?] وكذا ذكر في تاج المصادر
الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله
مبنيا للمفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء والكلام ظ وقوله
وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة فبيانه
ان المقصود من اللبن في الاصل تغذي الولد لعدم احتماله لسائر الا
طعمة والاشربة في ابتداء حاله فيقوم مقام الطعام والشراب
ولهذا اختص اللبن بالتخصيص بمن يتصور منه الولادة
كذا في المحيطة وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة
اذا قلت يكون اختصاصه بالانثى المولود من الحيوان وهو الموسى [?]
يكون اذ وما لا صحه [?] في غير الادمي في الذكر ليس بلبن على التحقيق لا صوحا
كدم السمك واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم
لانه لا جزئية بين الادمي والبهائم والحرمة باعتبارها وذكر في
المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسماعيل البخاري صاحب
واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رح انه يثبت به الحرمة كما يفسد
به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء
واما المحرم في الرضاع فمعنى النشو ولا يوجد في الاحتقان لان المعتدي وصوله من الاعلى
النشو

الاخبار

فاذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو
والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن تتصور منه الولادة واذا شرب صبيان
من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الادمي والبهائم والحرمة باعتبارها
تم

الاخبار كان يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى في
زمن الشيخ الامام [illegible] حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل
فانك [illegible] هناك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن
هذه المسئلة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا
قال واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة
الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا
وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا فاما الكبيرة فلا مهر لها ان لم يدخل بها و
وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز ان يتزوج
بالصغيرة لانها ربيبة لم يدخل بامها ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر
فلا مهر لها لان الفساد اولم تتعمد لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول
بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجيء من قبلها فان قيل
العلة للفرقة الارتضاع وهو فعلها فلم تنصف الفرقة اليها اجاب بقوله
والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط
حقها الا ترى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه
بصبية مسلمة تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بدار الحرب فانها تبين
من زوجها ولا تستحق شيئا من المهر ولم يوجد الفعل منها والجواب
انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها اسقطت حقها
ولم يلزم ان كل ما لم يقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه
اذا الحق احرازها عن محلية النكاح كالردة الى محله بتبعية الابوين

واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين
الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة
جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع
وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها

ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان
علمت ان الصغيرة امرأته وعن محمد رح انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها
وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف

اسقاطه صحيح ويرجع به اي بما ادى من نصف مهر الصغيرة على الكبيرة
ان كانت تعمدت الفساد بان قصدت بالارتضاع افساد النكاح
وان لم تتعمد بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها وان
علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها في الوجهين
جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لان من اصله ان المسبب كالمباشر فا
ولهذا اجعل [illegible] في باب الغصب في المستظل وحل قيد الابق
موجبا للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشر المتعدي وغيره
سواء كان ذلك في التسبب والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت
ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر كتقبيل ابن الزوج
اذا ابليت صداقتها وذلك يجري مجرى الاتلاف في ايجاب الضمان لكنها
مسببة في ذلك التاكيد لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح
وضعا لانه وضع لتربية الصغير لا لافساد النكاح وانما ثبت الافساد
باتفاق الحال منافية الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا
او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون
بالاتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس بملك عين بل ملك منفعة
على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك
ضروري فيظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه الا ان المعقود
القول الجيد وتقرير كلام الكبيرة بارضاعها مسببة في تاكيد ما كان
على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح

لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق
الحال او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف
المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرط ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط
فيه التعدي كحفر البئر

ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او
علمت بالنكاح لكنها قصدت دفع الجوع او الهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية
لانها مامورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار
اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد
لا لدفع الحكم

وضعا كما تقرر سلمنا ان الارضاع افساد النكاح لكن افساده ليس بسبب
لالزام المهر لما تقرر ايضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف
وجب على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة
على ما عرف في باب المهر والمتعة يجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن
لان الغصب علية عادة [illegible] لكن من شرط وجوبه اي وجوب نصف
المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة
واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر وانما تكون
متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد وقصدت به الفساد
اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به
لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مامورة
بذلك اي بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس
بعذر فكيف جعل الكبيرة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب الضمان
عليها اجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد
لا لدفع الحكم فان لفظ دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل
لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به **وقوله** ولا يقبل في الرضاع
شهادة النساء منفردات عن الرجال اجنبيات كانت او امهات احد
الزوجين واحدة كانت او اكثر وقال الشافعي يقبل شهادة اربع
اذا اتصفن بالعدالة وجه قول الشافعي ان الرضاع يكون بالثدي
ولا يطلع على ذلك وعامة الرجال لحرمة النظر اليه وعنده ان شهادة اربع

ويتوهم ان هذا جهل بالحكم الشرعي وهو وجوب الضمان بقيد التعدي والتعدي انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان انتفت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم

اي اربع منهن وقال مالك تقبل شهادة

ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين
وقال مالك رح يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة
حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي

ولنا ان ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا تم

والله اعلم بالصواب

منهم من شرط فيما لا يطلع عليه الرجال ليقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو ما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم يحل لهم النظر اليها ووجه قوله ان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه ينبغي للمسلم ان لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما تثبت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه

ولا ان يحبس الثمن على البائع ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا اخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح او عدته التي يصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل واقسامه ما يذكره

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله عم لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة الى اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء وقوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وامثالهما واقسامه ثلثة

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه احسن وحسن وبدعي تم

فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة رجعية في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رض كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر تطليقة واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة تم

حسن واحسن وبدعي على ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قوله ولانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها في العدة وبعدها بتجديد النكاح من غير استحلال واقل ضررا بالمرأة حيث لم يبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الايحاش قوله ولا خلاف لاحد في الكراهة اي في عدم الكراهة يعني لم يقل احد بكراهة هذا الطلاق قوله لان الاصل في الطلاق هو الحظر لانه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظورا قوله والاباحة لحاجة الخلاص اي لضرورة التخلص منها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله عم في حديث ابن عمر رض وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر ابن الخطاب رسول الله عم عن ذلك فقال عم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء واشار به الى قوله فطلقوهن لعدتهن فانه قال ان شاء امسك بعد وان شاء طلق خيّر بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا بشرح ما في الكتاب وانما شرحه ما روي ان رسول الله عم قال لابن عمر حين طلق امرأته وهي حائض ما هكذا امرك الله تعالى انما السنة ان تستقبل الطهر

والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك رح انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة

ولنا قوله عم في حديث ابن عمر رضه ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها م

استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة **قوله** ولان الحكم يدار على دليل الحاجة بيانه ان الاصل في الطلاق الحظر كما قال مالك و الاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز امر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيه وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه فكلما تكرر دليل الحاجة صارت كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق الموزع على الاطهار **قوله** ثم قيل اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رح واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع والاظهر ان يطلقها كما طهرت جعل هذا اظهر لان محمدا قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح بنفسه فقد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده الضا قال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو

ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع و طلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم م

٧٤

والمشروعية لا تجامع المحظور بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث م

وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل يبطل العموم والطلاق في حالة الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق وكذا نقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس امر العدة عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس امر العدة عليها لا تدري انها حامل فتعتد بوضع الحمل او حائل فتعتد بالاقراء ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين النفس عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية لما فيه من السكن والازدواج واكتساب الاولاد وكل ما هو كذلك ينبغي ان لا يجوز وقوعه في الشرع الا انه ابيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلث فان قيل فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلث فكذا لا حاجة الى التفريق على الاطهار اجاب بقوله وهي اي الحاجة في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها امرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها والحاجة لا تتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور اجاب بقوله والحاجة بنفسها باقية يعني لاحتمال ان يكون سيئة الاخلاق

وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها م

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا ينافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه
وكذا ايقاع الثنتين في طهر واحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة
البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في
الخلاص وهي البينونة
وفي الزيادات انه لا يكره
للحاجة الى الخلاص ناجزا م

بعقيبة اللسان حيث الزوج باب المكارم الغدار كما صح ... عن عرض
الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا يجب الايقاع الثلث جملة لانها جملة
تعارض النص فلم يؤثر واظن انه اراد بالنص قوله تعالى الطلاق
مرتان فانه يدل على انه متفرق ويجوز ان يراد قوله عليه السلام لابن عمر ان من السنة
ان تستقبل الطهر استقبالا الحديث وقوله والمشروعية في ذاته
جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه ان المشروع لذاته
لا يجوز ان يكون محظورا لذاته اما اذا كان المشروع لذاته والحظر لمعنى
في غيره كما ذكرنا من فوت مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع
وقت النداء والصلاة في الارض المغصوبة وقد قررناه في التقرير
وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع
بين الثلث وقوله واختلفت الرواية ظ قال والسنة
في الطلاق من وجهين السنة في الطلاق من وجهين احدهما في الوقت
والاخر في العدد فالسنة في العدد يستوي فيه المدخول بها وغيرها
وقد ذكرناها وهو ان لا يزيد على الواحدة وسمى الواحد عددا مجازا
لكونه اصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه والسنة في الوقت
في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا ان
المشروعية باعتبار الحاجة والمراعي دليلها وهو الاقدام على الطلاق في
زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الذي لا جماع فيه اما زمان الحيض فزمان
النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيها دليل الحاجة

قال والسنة في الطلاق من وجهين سنة في العدد وسنة في الوقت فالسنة في العدد
يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في حق
المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعي دليل الحاجة وهو الاقدام
على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة
وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة

وغير المدخول بها يطلقها في حالة الحيض والطهر خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا
ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول
بها تتجدد بالطهر واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة
طلقها واحدة م

لقيامه مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئا فالرغبة باقية
سواء كان في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها عن السنة في اي
وقت كانت خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها وقوله ولنا ان
وعورض بان ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص فان قوله عليه السلام لابن عمر انما
السنة ان تستقبل الطهر باطلاقه يدل على ان الطلاق في حالة الحيض ليس
بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة بخصوص
السبب واجيب بان الخصوص لم يثبت بخصوص السبب بل بقوله عليه السلام
لعمر مره فليراجعها وكانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان
يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى
فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قوله
تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر
واللائي لم يحضن يعني ان اشكل عليكم حكم اعتدادهن فتبين الطائفتين
فحكمهن هذا وقوله واللائي لم يحضن مبتدأ خبره محذوف اي
واللائي لم يحضن فعدتهن ثلثة اشهر وقوله والاقامة في حق
الحيض خاصة قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض اصحابنا ان
الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما
اختاره آخرون قال شمس الائمة ظن بعض اصحابنا ان الشهر
في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس
كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض ثم يتقدر به

فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض
قال الله تعالى وهو اصدق القائلين واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال و
اللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة
حتى يتقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر م

الاستبراء ويتفصل به بين طلاقي السنة وبهذا الان المعتبر في حق
ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر
وفي الشهور يتعدد بهذا الكفي فكان الشهر قايما مقام ما هو المعتبر وفيه
بحث من وجهين احدهما ما ذكره صاحب النهاية ان الشهر قام مقام
الحيض فاذا اوقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلاثة كان
موقعا للطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض والثاني ما ذكره
بعض الشارحين ان الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما اصبح الى اقامة
ثلاثة اشهر مقام ثلث حيض بل كفى اقامة شهر واحد مقام ثلث حيض
تحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم والجواب عن
الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكنها اقيمت مقام الحيض فيما قام
مقام الشي لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا قايما
مقامه فكان قايما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة الا ترى
ان الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة
ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان
محرما كما في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام والجواب عن
الثاني ان الشرع اقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها العدة وهي انما
تكون في ثلثة اشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت
توجد فيها لو لم تقم الاشهر مقام عدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم
نظهر لي فايدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر

ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق
التوزيع وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رضه وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان
بالاهلة وهي مسئلة الاجارات ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان م

في حق الزام الحجة فانهم لما اجمعوا على ان في الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير
من غير توقف الى الطهر والشهر قايم مقامه في حق الذي لا يكتفى علمنا
ان الشهر قايم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل
واشتراط الحيض مع الطهر في ثلث حيض انما كان ليتحقق عدد الثلثة
لا ذوات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط
فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا الا ان هذا لفظ ليس بشي لما ان
الزام الحجة على احد المختلفين لا يكون فايدة الاختلاف اذ الموافقة
تشهد بان الغرض الاتيان من الاختلاف في مسئلة لا يكون الزام
الحجة على الخصم **قال** ثم ان كان الطلاق في اول الشهر اذا كان
ايقاع الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور في قيام مقام الحيض بالاهلة كاملة
كانت او ناقصة فان كان في وسطه فبالايام في حق التوزيع
بين طلاق السنة وذلك بثلثين يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك
عند ابي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت
الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي
مسئلة الاجارات على ما سياتي ويجوز ان يطلقها اي الآيسة او الصغيرة
ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلواني
وكان شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض
والحبل واما اذا كان صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل
ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول الكتاب

وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تقل الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الحيض ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لانه عند ذلك تشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تقل من الوجه الذي ذكر ولكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق فرارا من مؤنة الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع اي

عقيبها لانه لا يودي الى اشتباه وجه العدة فزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع م

لان الافضلية لا تنافي الجواز وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا احلها بشهر ولان الرغبة تفتر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي تحيض فيها من الآيسة او الصغيرة والكراهة اي كراهة الطلاق بعد الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك تشتبه وجه العدة فلا يدري ان انقضاءها يكون بوضع الحمل او بانقضاء الاقراء **وقوله** والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكره جواب عن قول زفر ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما تقدم فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل الحظر ليس في ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق اصلا او لا يتكرر كما تقدم وانما الدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فيبقى الحكم الدائر على الدليل وهو الفصل **وقوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع واضح **وقوله** وقد ورد الشرع بالتوزيع على فصول العدة قال في الاسرار يعني قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس اي لاطهار عدتهن فتبين في ذوات الاقراء تفريق على الاطهار

ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر الحامل لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتوزيع على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها م

ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحمل م

وفي حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طال فهي طهر واحد حقيقة وحكما الا يرى ان انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتد طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو فصل واحد لا يوقع التطليقات فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التفصي عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا اي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها فاذا وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون مباحا **وقوله** بخلاف الممتد طهرها جواب عن قياس قول محمد بالوقوع بان بينها لا يصلح الشهر ان يكون علما لان العلم على الحاجة في حقها الطهر اي تجدده وهو موجود فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض **قال** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة فتطول العدة عليها نقل صاحب النهاية عن شيخه ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور

واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته م

وليستحب له ان يراجعها لقوله عم لعمر رض مر ابنك فليراجعها وقد طلقها
في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض
المشايخ رح والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع
اثره وهي العدة
ودفعا لضرر تطويل العدة م

في قوله تو فطلقوهن لعدتهن اي لاظهار عدتهن او الامر المذكور
في قوله عم مر ابنك فليراجعها لانه تع كان مامورا برفع الطلاق
الواقع في حالة الحيض لان الحيض كان منهيا عن ايقاعها في حالة الحيض
وقال بعض الشارحين يعني تاج الشريعة المراد بالنهي قوله تو ولا تمسكوهن ضرارا
في العدة والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية كما عرف
وذا الاستحباب فلقوله عم لعمر مر ابنك فليراجعها وكان قد طلقها في حالة
الحيض وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والحث على الرجعة
بعبارته قال الكاتب ثم الاستحباب قول بعض المشايخ ووجهه ان
الامر للاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا وجوب
على الانسان فيما هو حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر قيل الامر في
حقيقة الوجوب على عمر ان يامر ابنه بذلك ولا دلالة في ذلك على
الوجوب على ابنه واجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار
كانه عم امره بذلك فيثبت الوجوب ويجوز الانفصال فليراجعها
امر لابن عمر فيجب عليه المراجعة وقوله ورفعا للمعصية معطوف
على عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها
انما هو برفع اثره اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة
ودفعا للضرر بتطويل العدة رفعها بالمراجعة وقوله قال يعني
القدوري فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت
فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال الكاتب وهكذا ذكر

قوله بقرينة ان الرجعة حق له اقول بل حق الله تع فان الرجوع عن المعصية مما اوجبه الله تع على عباده

في الاصل

يعني بعد الرجعة

قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها
قال رض وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رح انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة
قال ابو الحسن الكرخي رح ما ذكره الطحاوي رح قول ابي حنيفة رض وما ذكر في الاصل قولهما ووجه
المذكور في الاصل ان
السنة ان يفصل بين
كل طلاقين بحيضة
م

في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة
ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول ابي
حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما والكاتب ذكر وجه كل منهما ولم يرجع
الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية
في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول
الله عم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم
تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس
وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا
الى سالم عن ابن عمر انه عم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها
اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي رح والى اذا تعارضت
الروايتان ذهب الكاتب الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية
وهو ظ قوله ومن قال لامرأته اعلم ان من قال للموطوءة
انت طالق للسنة فاما ان يكون من ذوات الاقراء او لا فكل واحد
منهما اما ان ينوي شيئا او لا الا انه لم يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيئا فان
كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة
وان نوى الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى
سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض او حالة الطهر وكذا طلاقا راس
كل شهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة
وضد الشيء لا يراد به ولنا ان اللام فيه اي في قوله للسنة للوقت

قوله فان كانت من ذوات الاقراء
ولا نية له فهي طالق عند كل طهر اقول
وان نوى ذلك كان الطهر بعد

والفاصل ها هنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل ووجه القول الاخر
ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها
في الطهر الذي يليه م

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة
ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة
طهر لا جماع فيه وان نوى ان تقع الثلاث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو
على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع
لانه بدعة وهي ضد السنة

والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان
كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية كان مطلقا والمطلق ينصرف
الى الكمال وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة
واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لا ايقاعا وقوع الثلث دفعة او في حالة
الحيض مذهب اهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف
صحته ووقوعه بالسنة وهو ما روي عن النبي عم انه قال من طلق امرأته
الفا بانت منه بثلث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا
بالايقاع لانه انفعال له فاذا صح الوقوع صح الايقاع وكان سنيا
وقوعا وايقاعا فليس كذلك واجيب بان الوقوع لا يوصف لانه
ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع
موصوف بها بكونه فعل المكلف فكان الوقوع اشبه بالسنة الحكمية
فلهذا كان سنيا وقوعا وان كانت ايسة او من ذوات الاشهر
ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى
لان الشهر في حقها دليل الحاجة على ما بينا في قوله لان الشهر في حقها
قائم مقام الحيض وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا
خلافا لزفر لما قلنا انه سني وقوعا واذا قال انت طالق للسنة
ولم ينص على الثلاث ان كانت طاهرا لم يجامعها طلقت في الحال
وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت
وطهرت وقعت تطليقة لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطليقة
ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه عرف بالسنة لا ايقاعا
فلم ينافه مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت ايسة او من ذوات الاشهر
وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة
كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلاث الساعة
وقعن عندنا خلافا لزفر رح لما قلنا

بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجملة فيه
لان نية الثلاث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت
ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث

قال المص ومن ضرورته تعميم الواقع فيه اقول قال الاتقاني وله فيه نظر لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه الا يرى انه لو قال لامرأته انت

مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي ثلث وان نوى ثلاثا جملة قال الكل لا تصح
فيه وهكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلف وعلاء الائمة
السمرقندي لان نية الثلث انما صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه
للوقت والوقت ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت
ومن ضرورته تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع
وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى الجميع بطل تعميم الوقت
فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا
تصح نية الثلاث بخلاف ما اذا ذكر ثلاثا لان الثلث مذكور صريحا
فيصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام
ان نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لان التطليقة المختصة بالسنة
الموقف باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن الا يطلقها واحدة
في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلق الثلث في ثلاثة اطهار فاذا نوى
الثلث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فيصح نيته
كما لو قال انت طالق ثلاثا للسنة او طلاق السنة كذا في بعض
الشروح وفيه نظر لان المنوي ما وقع جملة لا ودليله يدل على
الوقوع على الاطهار كما ترى ونقل قاضيخان في الجامع الصغير عن الامام
انه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العام
والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضي لا عموم له
عندنا ولعله بسبب اختيار الكفاية عدم الوقوع جملة **فصل** في ذكر طلاق

فصل ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق م

السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة والحل والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي فلان المراد به ما هو المعتدل منه ولذا اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما فيه مضرة والنائم عدم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي وهو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك الا ترى ان من اراد ان يقول لامرأته اسقيني فقال انت طالق وقعت وان لم يكن مختار الحكم لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته اي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته **وقوله** قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل

ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطايع م

وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا اية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل م

الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل انه كاذب فيه والمخبر عنه ان كان كذبا فالاخبار عنه لا يصير صدقا **وقوله** في حال اهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقرير حجته ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار اهونهما واختيار اهون الشرين اية القصد والاختيار وهذا وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطايع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته ان يتخلص عما توعد به من القتل او الجرح **وقوله** الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لكان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشرى والاجارة وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه وكان له فسخ العقود واما عدم الرضى بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل اختيار الكامل في السبب اما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا سواء وكان اعتبار احدهما بالاخر جائزا فطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي عدمه

لا يقع طلاق الهازل مع عدم الرضا بالوقوع

وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي رح انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فيجعل باقيا حكما زجرا له م

والوجه الى ما نبين على ما ذكرنا في الكتاب واتضح خلاف في كلامه [illegible]
لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب والاعقل
فلا يعقل بل هو مغلوب وكما كان المغلوب كالعدم [illegible] الزوال
في اداء الفهم حيث لم يعتبره ذلك واعترض بوجهين احدهما ان شرب
المسكر كسبه المعصية فما بال السكر صار سببا للتخفيف دون شرب
المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كان
الردة والاقرار بالحدود كذلك اولى لان الزجر والعقوبة [illegible]
اتم واجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان
امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليه فجعل
باقيا زجرا له بخلاف شرب المعصية فان نفس الشرب ليس بمعصية
وامكن انفصاله عنه ابتداء وانتهاء وكان جهة اباحة تصلح
لاضافة التخفيف والرخصة اليها وعن الثاني بان الركن في الردة
الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام
ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب واما الاقرار بالحدود
فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما اقر به
فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة
الى شيئين احدهما الوقوع بان الشرب وسكر المعصية كما ذكرنا
والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا واما غيره وهو
ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا اكره على شربها

81

حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس
واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستاتيك
وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى

بالقتل فهو كالاغماء في منع وقوع الطلاق والعتاق واكد بقوله حتى
لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع الطلاق
لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان الصداع اثر الشرب فكان
علة العلة والحكم يضاف الى ما يضاف الى العلة فما باله لم يكن
كذلك واجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم يكن
العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل لما يؤثر
في عدم الوقوع كما اذا جن وقوله وطلاق الاخرس ظ وقوله و
طلاق الامة ثنتان اعتبر الطلاق باعتبار المطلقة وكلامه ظ
ووجه الاستدلال له بقوله عم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عم
قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار
العدة بالنساء من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال
من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة
فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله قال الله تعالى ولقد كرمنا
بني آدم الآية ومعنى الآدمية في الحر اكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبد
من الولاية والشهادة وكلموصه عن معنى المالكية التي تجعل المملوك في قرن
البهائم ملزوذا فكانت مالكيته ابلغ فان قلت الدليل اخص من المدعى
لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان
الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت اذا ثبت ذلك ثبت للعبد
لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وبه زيد بن ثابت ولنا قوله عم

وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال
الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة
المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر م

قوله فان قلت الدليل اخص اقول فيه ان حال العبد [illegible]
ابلغ واكثر قال انعل [illegible]

ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها و للرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى تم

طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ووجه الاستدلال انه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثمة معهود فكان للجنس وهو يقتضي ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان بعض الاماء ثنتان فلم يبق اللام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بالامة تحت عبد حملا للجنس اجيب بان ذلك يقتضي ان يكون الراء في وعدتها عائدا اليها فيكون مخصصا لان يكون عدتها حيضتان اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب الاستخدام بان يكون المراد بالامة الامة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خلاف الظاهر لا يجري في مقام الاستدلال ولان حل المحلية اي حل ان يكون المرأة محل النكاح نعمة في حق الحرة لانها تتوصل بذلك الى ورود النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصيل الولد وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق فان للرق اثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من الزوجات الا ثنتين فكذا في حق النساء فانها لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضي ان لا يملك الزوج عليها الا طلقة ونصفا اي ونصف طلقة تنصيفا لحل المحلية الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان وقوله وتأويل ما روي يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره لان المرأة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا منها

باب ايقاع الطلاق الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

فدفع ذلك بقوله الطلاق بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الادمية والعبد يبقى فيها على اصل الحرية فكان يجب ان يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو نفذ نكاحه لتعيب رقبته فتوقف على اذن المولى لاجله

باب ايقاع الطلاق لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك يقع به الطلاق الرجعي لكون هذه الالفاظ صريحا والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق لا يبطل الزوجية وذلك انه قال احق بردهن والرد انما يستعمل فيما اذا زال عنه ملكه كالبائع لجارية بالخيار له وللمشتري فانه لم يثبت الملك فيها للمشتري ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر المراد منه ظهورا بينا لكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى النية وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة يعني لم يقع شيئا وكذا ان نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز الرجعة والشرع بالاحسان وهو الذي ينقض العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا والامساك الرجعة

وكذا اذا نوى الابانة فقصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى

ابقاء الشيء على ما كان فادامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل ان يقول ان سلم دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز ان يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق الحجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن كان اسلم وموضعه اصول الفقه **وقوله** فيرد عليه بين قصده وتنزيل الحجة لانه قصد تقديم ما اخره الشرع الى وقت وكل من فعل كذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث اصله بقرة بني اسرائيل ولو نوى الطلاق عن وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة لم يدين في القضاء لانه لم يصدق حقيقة ديانت الرجل تدينا وكلته الى دينه فالمستعمل في التصديق مجاز لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس كمتعارف فيما عليه تخفيف وكذلك لا تسع المرأة ان تصدقه في ذلك ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل والوثاق ويحتمل ان يكون الطلاق عبارة عنه مجازا ولو نوى به اي بقوله طالق الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو قيل ان المرأة بتاويل الشخص او الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتنزيه الطلاق لرفع القيد النكاحي

لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص

ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير

والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فان الطلاق ليس لرفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخليص فكان معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة في رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية **وقوله** ولا يقع به من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق اي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطلاق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه ولهذا اي لكونه محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ يصح نيته ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده والضد لا يحتمل الضد **وقوله** وذكر الطالق ذكر الطلاق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به

ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا

قال ويكون نصبا على التفسير **اقول** اي نصبا على التمييز وفي التلويح في مبحث الامر انه تمييز بل تمييز انما يحتمله مطلق اللفظ ولهذا قالوا اذا قرن بالصيغة ذكر العدد فالايقاع يكون بالوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لامرأته طلقتك ثلثا او واحدة وقد ماتت قبل ذكر العدد لم يقع شيء انتهى سعدي

قال ولنا انه نعت **اقول** فيه نظر لان قوله نعت فرد لا ينافي الطلاق لا يكون ... سعدي

وإذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقاً فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وإن نوى ثلثاً فثلث ووقوع الطلاق باللفظ الثاني والثالث ظاهر لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فإذا ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع الطلاق به أيضاً ولا يحتاج فيه إلى النية ويكون رجعياً

لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها م

الأمر وليس بفعل الزوج بكنه يقتضي الثاني يقتضي له وكان ثابتاً ضرورة صحة الكلام المقتضي ولا عموم له وقوله والعدد الذي يعرب به صوابه ثم قوله وبهذا يتبع قران العدد به وهو واضح وقوله وإذا قال أنت الطلاق واضح وقوله فصار بمنزلة قوله أنت طالق اعترض عليه بأن قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلث كما لا يصح في أنت طالق وأجيب بأن نية الثلث إنما لا يصح في طالق لأنه نعت فرد كما تقدم وأما الطلاق فهو مصدر في أصله وإن وصف به فيلحظ فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلث وبقية كلامه واضحة قال ولو قال أنت طالق الطلاق ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى فإن لم تكن موطوءة لغا وإن كانت موطوءة تصدق ويقع طلقتان رجعيتان لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع بتقدير المبتدأ في الثاني كما لو قال أنت طالق وطالق ولو أضاف الطلاق إلى جملتها مثل قوله أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة وذكر هذا وإن كان قد علم مما قبله تمهيداً لذكر ما بعده وأما يعبر به عن الجملة فمثل قولك رقبتك طالق قال الله تعالى فتحرير رقبة ولم يرد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين ولم يرد الأعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك طالق أو رجلك لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء

[خلافاً] لزفر وهو يقول إن الشيء بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث إنما صحت لكونها جنساً حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى بمعزل منهما ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فيقع رجعيتان

وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لأنه أضافه إلى محله وذلك مثل أن يقول أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو جسدك أو فرجك أو وجهك لأنه يعبر بها عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرها قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك إن طلق جزءاً شائعاً منها مثل أن يقول نصفك طالق أو ثلثك لأن الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلاً للطلاق إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة

معنى لا يعبر به عن جميع البدن كالإصبع والشعر والظفر والسن لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح كما أنه محل للطلاق لأنه رافعه فيكون محلاً للحكم فإذا أضيف إليه الطلاق يثبت الحكم فيه ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع فإن قيل لو كان الجزء المعين محلاً لحكم النكاح لانعقد النكاح إذا أضيف إليه ثم يسري إلى الكل أجاب بقوله بخلاف ما إذا أضيف النكاح إليه لأن السراية ممتنعة إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السراية وفي الطلاق الأمر على العكس ينبغي الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الأجزاء قوله ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله وتوضيحه أن اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي أتباع للجملة فإذا وردا على ذكر الأتباع كما في شراء ملك الرقبة فيكون ذكر الأصل ذكر التبع أما ذكر التبع فلا يكون ذكراً للأصل فإن قيل سلمنا ذلك لكن قد يعبر باليد عن جميع البدن في قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف ومعناه أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت وإنما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الأئمة الحلواني إذا قال لها رأسك طالق ومعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يسعه أن يقول بأنها تطلق وإذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يقع الطلاق لأن الظهر والبطن في معنى الأصل إذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال الفقيه والأظهر أنه لا يقع أي الإيقاع لكل واحد منهما

فلو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على العكس ولنا أنه أضاف الطلاق

وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق
لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا
ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف
التطليقتين تطليقة
فاذا جمع بين ثلثة
انصاف يكون ثلث
تطليقات ضرورة تم

لا يصح لانه لا يعبر بها عن جميع البدن وبهذا لو قال ظهرك او بطنك
علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها
طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق
اذ نصف التطليق او ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل
كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على
المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا قام الدليل على البعض في
ما لا يتجزى وجب اكماله والا لزم ابطال الدليل وكذا الجواب في كل جزء
سماه كالنصف والربع والخمس والسدس ونحوها لما بينا انه لا يتجزى
ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا
لان نصف تطليقتين تطليقة فثلثة انصاف تطليقتين يكون
ثلث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص جامع الصغير قال
فخر الاسلام انما اورد محمد هذه المسئلة للاشكال وهو ان
كل عدد نصفه لا يكون الا نصفين فالقول بالثلثة في ذلك يجب
ان يلغو والجواب انه اراد بهذا تسمية الطلاق بمعنى اراد ثلث
تطليقات واستعمل في ذلك ثلثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا
ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلثة انصافها يكون ثلث
ثلث تطليقات ومن المشايخ من قال لا يقع شيء لانه محال لا معنى له
ومنهم من يقول تقع واحدة لان ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله انت
طالق وللقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد

او مجازا

ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف
فيتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا
تم

او مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني
لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة
ليس بشرط لجوازه عند ابي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء
وارادة الكل ونوقض بالوقوع فيما اذا قال لها انت طالق ثلثة ارباع
تطليقتين لم تطلق الا اثنتين ولم يقل قد اوقع ثلث مرات ربع
تطليقتين وربع تطليقتين نصف تطليقة ومن اوقع على امراته
ثلث مرات نصف تطليقة طلقت ثلثا واجيب بان جواب هذا
اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالوقوع واقع في الاجزاء التي اوقعها هناك
وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع التطليقتين نصف
تطليقة وثلثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان
ونصف ~~تطليقة~~ فلا وجه الى صرف الكلام عن ظاهره وما نحن فيه الاجزاء
التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلثة
انصاف فلا حاجة لتصحيح كلام سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا
ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان
وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس
والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلثة انصاف
تطليقة يكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله انت طالق
واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلثا لان كل نصف
يكون هنا طلقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزية فيصير ثلثة

قوله وتصور الحقيقة اقول فينبغي ان يكون المسئلة خلافية قوله لانه من باب ذكر الجزء اقول فيه انه لا يعقل انه ثلثة انصاف جزء الخ الا ان يكتفى بجزئية النصف س

ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال
من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة وقالا
في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع
واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب
له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

قال رح

وقوله ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين انفاق طلقة ثلث تطليقات
الى ثنتين اذا طلقها مشتملا كلامه على الغايتين فاما ان تدخل
الغايتان وهو قولهما او لا تدخلا وهو قول زفر او تدخل الابتداء دون الانتهاء
وهو قول ابي حنيفة والقسم الرابع وهو ان تدخل الانتهاء دون الابتداء
لم يقل به احد ووجه قول زفر ان الغاية لا تدخل فيه الا اذا لم يكن غاية
كما في المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس
بعض وقال اخر وروي ان ابا حنيفة رحمه الله قال لمن سأله كم سنك فقال ستين
الى سبعين فقال له اذن انت ابن تسع سنين فتحير وروي ان الامام
الاصمعي هو الذي احتج على باب الرشيد فقال له ما تقول فيمن قال
لامرأته انت طالق ما بين واحدة الى ثلث قال تطلق واحدة لان كلمة
ما بين لا تتناول الحدين فقال له ادخل ما تقول في رجل قيل له كم سنك
فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسع سنين فتحير زفر وقال
استحسن في مثل هذا ويلزم على قوله الآن قال من واحدة الى واحدة
لا يقع شيء وقيل يقع واحدة لانه لا يحتمل الواحد حدا ومحدودا
فيلغى آخر كلامه لعدم تصور ذلك ويبقى انت طالق ووجه قولهما
وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال لغيره
خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر
من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين
الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون

ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما يقول لغيره
خذ من مالي من درهم الى مائة

ولابي حنيفة ان المراد بمثله الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى
سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه الاباحة
كما ذكر هو الاصل وفي الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد من ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية
ووجودها بوقوعها بخلاف البيع
لان الغاية فيه موجودة قبل البيع
ولو نوى واحدة يدين ديانة
لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه
خلاف الظاهر

قوله ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى
في قوله من واحدة الى ثنتين اجيب بانه يتمشى فيه ايضا لان الاكثر فيه
الثلث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر الثنتان و
ليس بشيء لان قوله ان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام فيه
وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه
والقول هو قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما
في قوله من واحدة الى ثلث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله
والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى
ثنتين وعلى هذا سقط الاعتراض وقوله وارادة الكل جواب
عن قولهما فيراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة و
ط وقوله ثم الغاية الاولى جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس
ان لا تدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لا بد ان تكون
موجودة لانه اوقع الثانية ولا يتحقق الا بعد وجود ما يترتب عليه
الثانية ووجودها بوقوعها وقوله بخلاف البيع جواب عن قوله كما لو قال
بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط ووجه ذلك انه قياس فاسد لان الغاية
في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها واما
في صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب
عليها الثانية ووجودها بوقوعها والاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة
وانما قلنا انه لا بد من وجودها لضرورة الثانية ووجودها بوقوعها فوقعت

ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة
وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء
لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها فان نوى واحدة وثنتين فهي
ثلث م

ثم لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيه
الى الاول لوقوع الثانية اجيب بان قوله ثانية صار لغوا كما في
قوله واحدة او ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق
ولا يتوقف ذلك الا بعد وقوع الاول وقوله ولو نوى في قوله
من واحدة الى ثنتين واشباههما واحدة فيصدق ديانة لانه محتمل
كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر ذكر في التتمة ان مثل هذا الكلام يراد به
الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وقوله ولو قال انت طالق واحدة
في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال
زفر يقع ثنتان لعرف الحساب فيما بينهم ان واحدة في ثنتين اثنان
ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لان الواحد يراد
ازالة كسر يقع عند القسمة فيمنع واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين
وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة
ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة قوله فان
نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله لان الواو للجمع والظرف
يجمع المظروف وقوله ولو كانت غير مدخول بها واحدة قوله وان
نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث سواء كانت مدخولا بها او لم يكن
لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي عند بعض اهل
التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا للآخر ويعني الظرف
والمظروف المعية فاستعير له ولو نوى الظرف يقع واحدة
لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في
قوله واحدة وثنتين فان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى
فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو
ذكره الشافعي
م

ولو قال ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته
ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال
انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق
بالطول وقلنا لا بل وصفه بالقصر
لانه متى وقع وقع في الاماكن
كلها وكذا اذا قال انت طالق
وانت مريضة لم يدين
في القضاء
م

لان الطلاق متى تحقق لا يصلح ان يكون ظرفا للغير فيلغو ذكره الشافعي
ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان لان تضعيف
احد العددين بقدر ما في العدد الآخر كالاربعة في الخمسة تجعل عشرين
لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة اربع
مرات فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان يكون اربعا من
الحساب لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور
الاول على ما بيناه يعني في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة
المضروب ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة
وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول يستعمل في القوة
وقوة الشيء انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي
فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا
عنده فكيف صح تعليقه بالطول اجيب بانه اذا قال الى الشام كنى عن
الطول والكناية اقوى من الصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان
واقول هذه خطابية لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان
يكون عنده في هذه المسئلة روايتان وهذا اقرب وقلنا لا بل وصفه بالقصر
لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة
الى ما وراءه ولو قال انت طالق بمكة فهي في الحال في كل البلاد وكذا
لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان اخرى
وقوله وان عني ط وقوله عند تعذر الظرفية انما يتعذر الظرفية

ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار لان
الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى
الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه
بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية
م

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ولو قال انت طالق غدا وقع عليه الطلاق
بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه
ولو نوى به آخر النهار يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في
العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر

قال المص لانه نوى التخصيص اقول فيه تجوز والمراد نوى الجزء من الكل فلفظ غد اسم لجميع الاجزاء والافراد والاثبات فلا تم

لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط
لمقاربة اي لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق
المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قاله شمس الائمة وقيل لان
الظرف مجامع الظروف كما ان الشرط يجامع المشروط **فصل**
في اضافة الطلاق الى الزمان ذكر فيه فصولا متفرقة تجمعه
اضافة الطلاق وتنوعه وتشبيهه اضافة الطلاق تاخير حكمه عن
وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط ولو قال انت طالق
غدا على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله نوى التخصيص في العموم وهو اي
اي العموم يحتمل التخصيص فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة
فيصدق ديانة لكنه نوى خلاف الظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار
فلا يصدق قضاء ولقائل ان يقول العام ما يتناول افرادا متفقة
الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والاخر
فهو من اجزائه لا من افراده وح لا يكون نية آخر النهار تخصيصا لا
عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق
لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة ولو قال انت طالق اليوم
غدا الخ واعترض بانه لم لا يجعل غدا ظرفا للطلاق آخر واجيب
بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير
موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة
والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا بالطلقة الواحدة

ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول
في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة
والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين

ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة وقالا
لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على
ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء
لانه ظرف في الحالين

يحصل هذا المقصد فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء
فان قيل هذا الاخير في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا اليوم
لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف فيه غدا لا يكون موصوفا به اليوم
اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى التكرر وهي ايقاع الطلقتين دفعة
واحدة فلا يسع لاثباتها فيكون الثاني لغوا ولو قال انت طالق في
غد على ما ذكره في الكتاب ظ **وقوله** على ما بينا اشارة الى قوله لانه نوى
التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه **وقوله** ولابي
حنيفة انه نوى حقيقة كلامه قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا
للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر لا يدين في القضاء اذا لم يكن بنيته
مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادفها فيدين قضاء وديانة الا ترى
ان من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة
وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة
لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن
الجواب عنه بان هو معرفة ان في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقة
وغدا يقتضيه وهو حقيقة بدليل قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين
آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه لاستيعابه معنى غدا كالخوف
وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل
اليهم في الدنيا ونصرتهم بحرف في وذكر نصرتهم في الآخرة بغير حرف في
هذه الآية لان نصرة الله اياهم في الآخرة دائمة واما نصرتهم في الدنيا فكانت

ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول
ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف
قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد ونظيره اذا قال والله
لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر

ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده
الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق
ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج

يقع في بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكل ما هو حقيقة في احد هي فهو
مجاز في الآخر واذا عرف هذا فيكون بيانه حقيقة الكلام من باب بيان التقرير
وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز وكان من الجائز قبل بيان نفيه
ان يكون مراده بقوله محمد مجاز وهو الاستقبال فاذا بين قطع احتمال
المجاز وموضعه اصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه
ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده
الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم تكن في ملكه في
ذلك الوقت الذي اضاف اليه الطلاق فيلغو كما اذا قال انت
طالق قبل ان اخلق او تخلقي ولانه امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح
فكانه قال ما كنت امس في قيد نكاحي واذا امكن ذلك صير اليه لكونه
موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع
طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان كان هذا
الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو
مذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج فيكون
تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا يلزم ان
امكان الحمل على المفهوم اللغوي يمنع الحمل على المفهوم الشرعي فان ذلك
يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما ان قوله
انت طالق امس لمن تزوجها اليوم انما يلغو لعدم شرطه وهو الملك
وقت الطلاق او محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فاندفع

ولو تزوجها اول من امس وقع الطلاق الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه
اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق
قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي
او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرنا

النكاح يستلزم عدمه وامكان الحمل على المفهوم اللغوي انما لا يمنع الحمل
على المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا افضى اليه فمنعه
صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره
من الازواج يعني ان هذه المرأة اما ان تكون مطلقة زوج آخر او لا فان
كان الثاني حمل قوله انت طالق امس اخبارا عن عدم النكاح مجازا
وان كان الاول حمل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج ولو تزوجها
اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح
ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا وهذا على الوجه الاول واضح ايضا واما
على الوجه الثاني فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيره من الازواج و
اما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا
لتلك البينونة وفيه ما فيه وقوله ولو قال انت طالق قبل ان
اتزوجك وما بعده واضح وقوله كما في قوله ان لم آت البصرة يعني
كما لو قال لها انت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع
الياس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد يقع الياس فوجد
الشرط والمحل قابل اذ الملك باق فوقع فكذلك هاهنا وقوله وموتها
بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احتراز
عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج
قادر على ان يطلقها ما لم يمت وانما يعجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع
بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق
الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت
لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحياة ولو قال انت طالق
ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله ان
لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح

ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى تموت عند ابي حنيفة وقالا
تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا تكون
كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى منهما

ان الايقاع من كلمة الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبل موتها لانه
لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيكون الطلاق
قبل موتها بلا فصل والميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل
موتها بايقاع الطلاق عليها والنوادر تجيء رواية مسئلة الكتاب
ويجيء قوله انت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها
فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية بموتها ففي مسئلة الكتاب
تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق
وهو آخر جزء من اجزاء حياتها فيطلق لوجود الشرط بخلاف قوله
ان لم آت البصرة فانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه
البصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال ولو قال
انت طالق اذا لم اطلقك اذا قال لها انت طالق اذا لم اطلقك
او اذا ما لم اطلقك فاما ان ينوي شيئا او لم ينو فان كان الاول
فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في آخر العمر لان
اللفظ يحتملها ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف فيه
العلماء قال ابو حنيفة رح لم تطلق حتى تموت وقالا طلقت حين
سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من
غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدلا على ذلك بقوله
تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص من امر مترقب اي
منتظر لا محالة وبقوله واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس

الحيس

ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت
ولابي حنيفة رح انه يستعمل للشرط ايضا قال قائلهم واستغن ما اغناك ربك بالغنى
واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط لم يطلق في الحال وان اريد به
الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال

الحيس يدعى جندب لافادته في امر كائن في الحال واستشهد بقوله فصار
بمنزلة قوله متى ومتى لا كلام في سقوط معنى الوقت عند استعماله
شرطا وشيء في كونه حقيقة في قوله ولهذا لو قال لامرأته انت طالق
اذا شئت لا يخرج الامر عن يدها بالقيام كما في قوله متى شئت ولو
كان للشرط لخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان ولابي
حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل فيهما وهو
مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه واستغن
ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل ووجه ذلك
ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست موضع اذا
فكانت بمعنى ان ولم يسبق على جانب الظرفية الكفاة بدليلها واذا
كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة فان اريد به الشرط لم يطلق
في الحال وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف
مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى
اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وفيه نظر
لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا يمكن ان يكون مخرجا للامر
عن يدها والا لزم ان يكون الشيء الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه
في التقرير فليطلب قال ولو قال لها انت طالق ما لم اطلقك
انت طالق وقع واوله بقوله موصولا لانه اذا قال ذلك مفصولا
وقعتا فيه واستحسانا لانه وجد الزمان الخالي عن التطليق وقوله

بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج
والامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت
يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملها

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة يعني قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى

اصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته و اخواته ما يأتيك في باب الايمان

واخواته يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكما لو ركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل عنها لا يحنث ولو كان اللبس والركوب قليلا يوجد ان وقت الاشتغال بالنزع والنزول **قوله** ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق هنا ثلاثة الفاظ النهار والليل واليوم اما النهار فللبياض خاصة واما الليل فللسواد خاصة وذلك حقيقتها اللغوية واما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار خاصة وفي مطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة وعلى التقديرين لا بد من القرينة فيرجح بعضها على الاخر بما يرجح به فان كان ممتدا او هو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة ونحوها لصحة ان يقال لبست يوما حمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا النوع به وان كان مما لا يمتد كالخروج والقدوم لعدم صحة تقديرهما بزمان اذ لا يقال خرجت او قدمت او دخلت يوما حمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الاية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان او نهارا **وقوله** والطلاق من هذا القبيل يعني انه من قبيل ما لا يمتد فينتظم الليل والنهار وتفسيره انه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه يتميز المضاف به من سائر الايام ولهذا لم يحمل عليه بالاتفاق اهل اللغة وكذلك اذا قيل عبدي حر او امرأتي طالق يوم يقدم فلان و

ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الاية والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار

ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة

وامرك بيدك او اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده ويطلق امرأته بقدومه ليلا او نهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها بعد وهو يبطل مع اتحاد المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الاول واعتبار عامة المشايخ انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول الغرض وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبروهم فيما اذا خالف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد لا المظروف فان قيل اعتبر المضاف اليه في مسئلة يوم اكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد اجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان التكلم عنده مجيد كما قاله بعض المشايخ وح لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها **فصل** لما كان اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل اخر متنوعة وكان حقها ان يذكر في مسائل شتى ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال الشافعي رح يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشترك بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو ظ وكذلك النكاح

فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رح في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك الزوج المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم

وكذا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا يرى انها هي الممنوعة من التزوج
والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة
بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة فصحت اضافتها اليهما ولا تصح اضافة الطلاق
وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما
لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطء كما انه يملك ... لانهما
يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في كتب النكاح والطلاق وضع لرفع ذلك
لا محالة وكل ما وضع كذلك صح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة و
التحريم وقلنا لا نم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشترك
بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا يرى انها الممنوعة عن التزوج
والبروز سلمنا انه وضع كذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة
والزوج مالك ومن ثم انه يملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح
ولا يمكن ان يجتمع البدلان في ملك شخص واحد **وقوله** ولهذا اي
ولانها مملوكة سميت منكوحة اي واردا عليها ملك النكاح بخلاف الابانة
لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو
مشترك فصح اضافتهما الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها قيل
لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لاتحدا في صحة اضافة الابانة
والحرمة اليهما واللازم باطل فانه اذا قال انت بائن او حرام ونوى الطلاق
وقع ولو قال انا بائن او حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك او عليك
واجيب بان هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك
والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا الحل على غيرها ما دامت
في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله انت بائن او حرام واما الزوج
فله ملك على غيرها وحل على غيرها وان كانت في عصمته فلا بد من ذكر منك
او عليك تعيينا للجهة **وقوله** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء

ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضه كذا ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول
ابي حنيفة وابو يوسف اخرا على قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول
محمد رح في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين
ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعند محمد روايتان

له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة وبقي قوله انت
طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى
قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا
ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف ومعناه
انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في
الايقاع فلا يقع شيء

وقوله ولا فرق بين المسئلتين يعني بين قوله انت طالق واحدة
او لا وبين قوله انت طالق واحدة او لا شيء في دخول الشك في الايقاع
او في صحة الوضع **وقوله** ولو كان المذكور ههنا اي في الجامع الصغير قول
الكل ففي محمد روايتان لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في انه
لا يقع شيء فكان عند محمد ايضا لا يقع شيء ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط
بانه عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال انت طالق واحدة او لا شيء
ولا تفاوت بين الوضعين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه **وقوله**
له اي لمحمد انه ادخل الشك ظ **وقوله** ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رح
ان الوصف يعني انت طالق متى قرن بالعدد مثل ان يقول انت طالق
واحدة او ثنتين او ثلثا كان الوقوع بذكر العدد واطلاق العدد على الواحد
مجاز من حيث انه اصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد
كان الكل كلاما واحدا في الايقاع فكان الشك الداخل في الواحدة داخلا
في الايقاع فكان نظير قوله انت طالق او لا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق
فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله الا ترى وهو واضح **وقوله** على ما مر
اراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد **وقوله** فلا اجتماع بين المالكية
والمملوكية قد تقدم تقريره مستوفى **وقوله** فلان ملك النكاح ضروري
بيانه ان ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس
وما هو كذلك فهو ضروري فاذا طرأ عليه الملك القوي وهو ملك اليمين
ينتفي الملك الضروري لضعفه فان قيل هذا انما يستقيم اذا ملك الزوج

ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي
الاهلية وموتها ينافي المحلية ولابد منهما واذا ملك امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه
وقعت الفرقة للمنافاة بين المالكية والمملوكية اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان
ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي
لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة
وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له م

جميع منكوحته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي
الحكم الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرء عليه لاجل قوي ولا ضعيف
اجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا ولو اشتراها
ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي
لا من وجه يعني من حيث العدة لانها اثر من آثاره فلا تجب مع وجود المنافي
والا لكان ملك النكاح باقيا من وجه ولا من كل وجه يعني من حيث ملك النكاح
وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل
لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا
يتعلق بقوله مع المنافي وقوله لا عدة هنالك يعني في حق مولاها الذي
كان زوجها اي لا يظهر اثرها بالنسبة اليه بدليل حل وطئها واما العدة في نفسها فواجبة
في حق غيره اليس لها ان تزوج باخر قبل انقضاء عدتها قال وان
قال لها وهي امة لغيره ومن قال لامرأته وهي امة لغيره انت طالق
ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق
التطليق بالاعتاق او العتق وهذا الكلام يحتاج الى بيان انه تعليق
مع عدم شيء من اداته وانه تعليق التطليق والمذكور هو الطلاق
وانه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق اما انه تعليق فلان
بينه الكف بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم يتعلق به و
المذكور بين بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق
من الامور المتردد بين الوجود والعدم والحكم هو الطلاق معلق به

ولو قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة
لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما وما على خطر الوجود
وللحكم يتعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا
عند الشرط عندنا واذا كان التطليق متعلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده
م

ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة
غليظة بالثنتين ويبقى شيء من الاشكال وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى
فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط م

وكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا واما انه تعليق التطليق فلان
التصرف انما [illegible] انما يتصف حينئذ بمحله وهو التطليق دون الطلاق لكونه
امرا شرعيا ليس في قدرته واشار الى ذلك بقوله والمعلق به التطليق
لان في التعليقات يصير [illegible] تطليقا عند الشرط عندنا بناء على ان الشرط
عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق التطليق
بالاعتاق او العتق فلانه قال لان اللفظ ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل
البدل اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة فان العتق لما لم يتصور بغير
الاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته واما العتق فعلى
طريقة الحقيقة وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق او العتق
واذا كان التطليق متعلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب
الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون
الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة
غليظة فبقي عليه شيء وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية
واجاب بقوله قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا اي بعد
العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث
من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بعد الاعتاق
في وجه الشيوع الثاني من التردد والثاني انه على ذلك التقدير يجب ان يقع
طلاق من قبله وهي اجنبية انت طالق مع [illegible] نكاحك لانه يكون
بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجه النظر الى لفظ العتق

ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار

كالمسئلة الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق

لتبيين الامر فيما اذا قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وفي الثاني بان العدول عن نفي الوزان الذي هو صيغته مع انما كان ضرورة صيانة كلام من كلك التصرف في ذلك تنجيزا وتعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالتصريح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك

واذا قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد حرمت حرمة غليظة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض عند ابي حنيفة وابو يوسف رح وقال محمد زوجها يملك الرجعة كما في المسألة المتقدمة واعلم ان دليل محمد على ما ذكره في الكتاب ليس بصحيح لا يقبل الاصلاح بالعناية وانا اذكره بتوضيح بما يليق قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى يعني على وجه التعليق حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى فكان يقتضي تحققه في ذلك الشرط وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكان يقتضي تحققهما في السببية لحكمهما الحرية والعتق يقارن الاعتاق لانه علته والحكم لا يتأخر عن العلة زمانا عند المحققين سواء كانت العلة شرعية او عقلية اصله الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطليق مقارنا للعتق لان التطليق مقارن للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق لما ذكرنا انه علته لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله فتطلق بعد العتق فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة [redacted] الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط والاوجه ان ما قال لان العتق يقارن الاعتاق لانه علته والطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا اشار بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عم الشهر هكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا

فان الفارق للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده واذا كان العتاق والطلاق معا فكما ان العتق صادفها وهي امة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة وظهر بهذا جميع ما ذكره وقد ذكر محمد ايضا ان قوله انت حرة او حرة قوله انت طالق ثنتين وهما اي الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم او حرمتها في الوجود وهو قوله انت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا اقرب الا ان قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم او حرمتها

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامرأته انت طالق هكذا اشار بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال النبي عم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان وقد طعن بعض الجهال على محمد رح في قوله سبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء في الحديث السبابة روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى نبي الله عم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله عم بماء فتوضأ فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه فمسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسباحتين

والاشارة تقع بالمنشورة وقيل اذا نشر بظهورها فبالمضمومة منها فاذا كان تقع الاشارة
بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين تصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة
بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظ
ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق

باطن اذنيه رواه الطحاوي في شرح الآثار وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت
بالعدد المبهم وقوله والاشارة تقع بالمنشورة منها ظ وقوله ولنا
انه وصفه اي وصف الطلاق بما يحتمله الاترى ان البينونة قبل الدخول
وبعد العدة تحصل به ولو لم يكن محتملا لم تحصل به فيكون هذا الوصف
لتعيين احد المحتملين واعترض عليه بانه لو كان محتملا له لما زيد فيقع بقوله
انت طالق واحدة بائنة اذا نوى وليس كذلك واجيب بان النية انما
تعمل اذا لم يكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغيير المشروع
لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ونحوه اما
الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع
واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من
النية بدليل انه لو قال انت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك
طلاقا وخبريته مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم
يتلفظ به لم يعتبر طلاقا لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ
الطلاق وقوله ومسألة الرجعة ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع بائنا بل يقع
واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان في قوله ان لا رجعة نفيا صريحا لنفي المشروع
وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منه نفي
الرجعة ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاد شيخ
شيخي العلامة وقوله ويقع واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت طالق

واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن
او البتة وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان
وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه
بما يحتمله الاترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد
المحتملين

وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل عنهما ه

ومسئلة الرجعة ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث
فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان
لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف
باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوءه لما ذكرنا
وكذا اذا قال طلاق الشيطان
او طلاق البدعة لان الرجعي
هو السنة فيكون البدعة وطلاق
الشيطان بائنا وعن ابي يوسف
في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون
بائنا الا بالنية لان البدعة قد
يكون من حيث الايقاع في حالة الحيض
فلا بد من النية وعن محمد انه اذا قال
انت طالق للبدعة او طلاق
الشيطان يكون رجعيا لان هذا
الوصف قد يتحقق بالطلاق
في حالة الحيض فلا تثبت البينونة
بالشك

بائن اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلاث لما مر
من قبل اي في باب ايقاع الطلاق بقوله ولا تصح نية الثلاث اي
صحت لكونها جنسا وقوله تطليقتان بائنتان يعني عندنا وعند [illegible]
الشافعي تطليقتان رجعيتان وقوله لان هذا الوصف يعني قوله بائن
او البتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول انت بائن او انت البتة
وينوي به الطلاق فكذا اذا نوى به تطليقة اخرى ويكون خبرا بعد
خبر كما في قوله انت طالق انت بائن وكان ينبغي ان يكون احدهما
رجعيا بقوله انت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان
لان الثاني يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا
يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير الى ان الاول
يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه
رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا
فان اراد ما ذكرنا فلا كلام فيه وان اراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح وقوله
وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت
طالق بائن في الاحكام الاربعة وهي قوله فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن
له نية او نوى الثنتين ولو نوى الثلاث فثلث وقوله ولو عنى بقوله انت
طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى يقع تطليقتان وكذا الجواب
في قوله اخبث الطلاق او اشره او اشده او اكبره او اسوءه
لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة

وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة [illegible] وذلك باثبات زيادة الوصف ع
كذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحيده
ولو قال انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملاء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا
اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض اما الرجعي فيحتمله وانما يصح نية الثلث

واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في العقوبة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف فيراد به القوة فيصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الالف واما الثالث فلان الشيء قد يعد السيف لعظمه في نفسه وقد يعد لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر

ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل قول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وبيانه في قوله مثل راس الابرة ومثل عظم راس الابرة ومثل الجبل ومثل عظم الجبل ثم

في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وانما يعرف باثره فصار كانه قال انت بائن فاحش قبل الحق واشد ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فاحشا والحق والفاحش هو البائن والافحش هو الثلاث فينبغي ان يقع الثلاث به نوى او لم ينو اجيب بان افعل قد يكون لاثبات اصل الوصف من غير زيادة كقوله الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور يسمى الاضافة بالمعنى الثاني وكلام لا يحتاج الى الشرح وذكر الاصل الذي يبتني عليه قولهم وهو الضابط واضح **وقوله** وبيانه في قوله مثل راس الابرة يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة [redacted] خاصة كما تقدم ان محمدا مع ابي يوسف **وقوله** مثل عظم راس الابرة يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد ان كان مع ابي حنيفة **وقوله** مثل عظم الجبل يقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلوجود التشبيه واما عند ابي يوسف فلذكر العظم واما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بمنزلة العارض من الاصل وله احكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا وقعن وقال الحسن البصري يقع واحدة فقوله انت طالق وتبين لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا ما قال في الكتاب وهو ان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه يقع قبل هذا الا الوصف فرع

في الفصول كلها صحت نيته ويقع الثلاث اذا نواها عند ابي حنيفة لانها نوى عنده

[..] شديدة او طويلة او عريضة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه [..] بالصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف يقع رجعية [..] به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول بها ثلاثا وقعن عليها ثم

44

لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم يقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحدة ايقاع على حدة اذا لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدر كلامه حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة

بالعدد كان الوقوع بذكر العدد لا الخبر وانما يقدر المصدر المحذوف لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد والمصدر اولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والافراد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك انت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد ايقاعا على حدة وتبين بالاولى فلا يقع الثانية اذا لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفها وهي مبانة كما لو قال انت طالق طالق واحدة وواحدة ولو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فيبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بيناه انه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد وهذه اي هذه المسائل الثلاث وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلاثا تنوف ما قبلها وهو قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وههنا لم يقع الطلاق في ذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة حية فوقعت الثلاث

وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل

فيقتضي ان لا يقع الا السابقة فلا يقع ثنتان وعلل ابن قدامة له ان الطلقة اذا وقعت لا يمكن ان يقع معها غيرها

لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف في قوله معها انه يقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه لا محالة وجه الظاهر في قوله معها يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام الكلمة بعد وقوع الاول ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت [illegible] وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة وقالا يقع ثنتان

ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق [illegible] فيقعن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط م

قال ولو قال لها ان دخلت الدار اذا تعلق بالشرط عدد من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره فان كان الثاني اي اذا قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق فان كان الاول اي اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة وكذلك عندهما وقال ابو حنيفة يقع واحدة قالهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية فتجمع بينها فيتعلقن جملة وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا لان الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط فان تاخيره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحقيقه في الخارج لا يكون الا باحدهما وعلى اعتبار الاول يقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال لها انت طالق واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان في الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالاولى فلا يقع الثانية ولم يجب الى التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب وقوله ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلها كلا م

ولهما ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظ فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح م

عندهما والتعليق الصحيح هو الاول

فيتعلقن نخ

قال ابن الهمام وقع المدخول بها يقع ثنتان اقول قال ابن الهمام واستشكل بواحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير في الزمان فقد يتحقق ولا ثبته من قبل ان يتحقق الغير على ما ذكر في الزيادات يعني بقبل المشبه بالتعليق ان تعلقها بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وانكا لم يسبقه الي والعمل بالظاهر واجب ما امكن انتهى وفيه تامل تتبع

قوله ووقع على الترتيب اقول لعل المراد انه يحتمل ذلك فلا يقع بالشك لانه لا يخالف الكلام باوله

وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا فهمت ان الحكم في الكل انها لا تقع الا ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاء زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها كان صفة للمذكور اولا كقوله جاء زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى م

ان قرن حرف الظرف وتجرد بها كلمة

ليس المراد بالصفة مصطلح النحاة بل المراد الصفة المعنوية كما [illegible]

لكون الواقع هو العدد ومخارج الاخبار في الصورتين للعدد لا للوصف ع

قوله ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتاخير فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما المص في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فاذا قيل للمدخول بها انت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الاخرى فيفوت المحل ويلغو الثانية واذا قال واحدة قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاول في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان في الوقوع والبعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضي ايقاع الاول وايقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر وفي قوله بعدها واحدة صفة الثانية فتبين بالاولى ويلغو الثانية لفوات المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان لان كلمة مع للقران فيتوقف الاول على الثانية تحقيقا لمراده في قوله معا وعن ابي يوسف في قوله معها انه يقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه وجود اوذلك في الطلاق بالوقوع وقوله وجه الظاهر انه يقع ثنتان في الوجوه كلها اي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية

ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة يقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة لان البعدية صفة للاول فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ولو قال انت طالق مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان م

ذكرهما

في الماضي ايقاع في الحال

واحدة

ان المسئلة التي قبلها وهي اذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها يقع الثلاث لانه اوقع العدد ان العدد هو الواقع بهذه الصيغة الواحدة فالمسئلة الثانية في المسئلة المتقدمة من حيث المعنى وهو ان الحكم في المتقدمة والثانية ان الطلاق واقع في المسئلة المتقدمة لان العدد وهنا والثانية لم يقع شيء لانه مصادف لوقوع الطلاق وفيهما وهي منتهية باعتبار

اي في الطلاق وقع في الماضي لان الاسناد الى ما مضى ايقاع في الحال لانه لا يمكن رفعه فيقع في الحال لان الانشاء لا يمكن صرف الكلام عن الالغاء ع

وأما الضرب الثاني وهو الكنايات فلا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته قال وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها إلا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك أنت واحدة أما الأول فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فإذا نوى الأول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلأنها تحتمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيرها وهو أن تكون واحدة عنده وعند قومها

كلاما واحدا فتعلقا كما في صورة الواو سواء قدم الشرط أو أخره كذا في ظاهر قاله وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح قال رح وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لما فرغ من الضرب الأول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات والكناية ما استتر المراد به وحكمها أن لا يجب العمل بها إلا بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال لأنها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته ثم الكناية على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما يكون واحدة بائنة قال أولا ثلاثة ألفاظ هي اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة ولا بد لكل واحد منها من احتمال التعيين فيحتاج إلى التعيين بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المص في كل واحد منها ذلك وكلامه واضح قوله لأن قوله أنت طالق فيها أي في هذه الألفاظ الثلاثة مقتضى أي ثابت بالاقتضاء وفي قوله اعتدي واستبرئي كما أشار إليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا لأن الأمر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا قوله أو مضمر ينبئ في قوله أنت واحدة قوله ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ يقع سواء قال أنت واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون فقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق إذا نصب الواحدة وإن لم ينو لكونه صفة للطلقة أما إذا رفعها فلا يقع وإن نوى لأنها تكون صفة شخصها وقيل هو قول محمد وعند أبي يوسف يقع في الأحوال

ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النية ولا يقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا يقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمرا أولى وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب

وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى بها ثلاثا كان ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك وأنت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الأزواج لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية

كلها لأن نية الطلاق تثبت عن الوضع وإن أخطأ في الإعراب وإن أسكن فهو يحتاج إلى النية لاحتمال التعيين والصحيح أن الكل سواء لأن العوام لا يميزون وجوه الإعراب والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة في الكتاب إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتمال الطلاق وغيره إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فإن القاضي يحكم بالوقوع وإن ادعى الزوج عدم النية وأما جواز نية الثلاث فلأن الواقع بها إذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولاتصالها وجهان انقطاع يرجع إلى الملك وانقطاع يرجع إلى الحل فيتعدد المقتضى بتعدد المقتضي على الاحتمال فيحتاج إلى تعيينه والمتعين يعمل في ذلك قال المص سوى بعض القدوري بين ألفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق وليس على إطلاقه بل إنما ذلك فيما لا يصلح ردا فلا بد وأن يتبع بقوله والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق بأن تسأله ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجي اذهبي اغربي قومي تقنعي استتري تخمري أما صلاحية هذه الألفاظ للرد فلأنه يريد الزوج بقوله اخرجي اتركي سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واغربي وقومي وأما تقنعي من القناعة وقيل من القناع وهو المختار

قال إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه قال رض سوى بين هذه الألفاظ وقال لا يصدق في القضاء إذا كان في حال مذاكرة الطلاق قالوا وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتما

ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية والقول قوله في إنكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جواباً ولا يصلح رداً في القضاء، مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لأنه احتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه م

ومعنى الرد فيه هو أن ينوي واقتصر على ما رزقك الله من أمر المعيشة واترك سؤال الطلاق أو اشتغلي بالتقنع الذي هو أهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استتري وتخمري لأنهما من الستر والخمار وما يصلح جواباً لا رداً ثمانية ألفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري والخمسة الأول تصلح للسب والشتيمة أيضاً إذا عرف هذا ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية لما قلنا إن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية لتعيين أحد المحتملين والقول قوله في إنكار النية مع يمينه وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جواباً ولا يصلح رداً وهي الألفاظ الثمانية المذكورة لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم إنما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً وهي الألفاظ السبعة المتقدمة وقوله وما يجري هذا المجرى يريد به مثل اغربي واستتري لأنه احتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك يعني أقسام الكنايات لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم وهو ثلاثة ألفاظ اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق وعن أبي يوسف أنه إذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أنو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه أربعة ألفاظ

وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق وعن أبي يوسف رح في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب م

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاث الأول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافاً إلى المحل عن ولاية شرعية ولا خفاء في الأهلية والمحلية والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك م

وقيل خمسة ألفاظ خامسها الحقي بأهلك ألحقها أبو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فإن قوله لا ملك لي عليك يحتمل أن يكون معناه لأنك أقل من أن ينبغي أن أملك أو انتسب إليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيك وخليت سبيلك لغيرتك وفارقتك في المضجع لدفع شرك ولوم فطانتك والحقي بأهلك لأنك أو خشيت أن تكوني خليلتي

قال ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة رض وقال الشافعي يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود رض لأن الواقع بها طلاق واحد لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق يعقب الرجعة كالصريح فإنه إنما يكون معقباً للرجعة لكونه طلاقاً ولنا أن تصرف الإبانة صدر عن أهله مضافاً إلى المحل عن ولاية شرعية وكل ما صدر من أهله كذلك كان صحيحاً لا محالة أما الأهلية فلا خفاء فيه لأن الكلام في الأهلية وأما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلاً للبينونة الغليظة بالاتفاق وأما الولاية الشرعية فلأن الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعاً وهو مساس الحاجة إلى إثباتها دال على ولاية الإبانة بوجهين ذكرهما المص أحدهما قوله كيلا ينسد باب التدارك والثاني قوله

ان نظر الى فرجها الداخل وهي متكئة من غير قصد فيقع بالرجعة اذا كانت فاجرة او بها سلاطة ح عصى

ولا يقع في عهدنا بالمراجعة من غير قصد وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها و
الشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق
بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة
وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل

ولا يقع في عهدنا بالمراجعة من غير قصد **قوله** باب التدارك اي تدارك
دفع الضرر عن نفسه لانه لو لم يقع البينونة عنده ينبه عسى توقع المرأة
على نفسها وقبلته بشهوة فتثبت الرجعة والزوج بعد فراقها كذا في
النهاية وفي هذا الكلام جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه
الثاني وان جعلت الثاني تفسيرا للاول بالعطف فسد النكتة حملة
لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه واذا فسد
التفسير فسد التفسير والاولى ان يفسر قوله كيلا ينسد باب التدارك
باب الرجل قد يكون مأمورا بفراق المرأة لوجود سبب من الاسباب فيريد
فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يندم فلو لم يوجد الواحد البائن
~~من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع~~ لطلقها ثلاثا
ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد
ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره
صاحب النهاية وللقائل ان يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة
قد صدر من اهله الا انه فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف
الابانة فلابد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من اهله و
الجواب ان هذا الدليل يدل على ان الابانة التي يمكن بها التدارك
وهي ان لا يقع في عهدنا بالمراجعة من غير قصد يحتاج اليها لا بد منها وهو
لا يمكن الا بكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها
فتعين ان تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة **قوله** وليست

قوله ويتفصى ان الطلاق يثبت ان في الكناية بناء على الاعتبار استعارة للطلاق وبعينه البينونة في العبارات

بل الفاظ الكناية تدل على البينونة ولكنها محتاجة الى النية لازالة الاستتارة

قوله النكتة حملة اقول فيه بحث فانه لا حاجة الى جعل الكلام الزاما ولوضع ما ذكره يلزم فساد النكتة لا محالة اذ لزوم الطعن بالمجموع فتامل

قوله وللقائل ان يقول اقول فيه بحث او يعلم ذلك من قوله وليست كنايات لم

كنا

كما وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء
لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا
له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق
فتعين الباقيان للطلاق
بهذه الدلالة

كنايات على التحقيق جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره
ان الكناية عن الطلاق الصريح انما يكون كالصريح في العمل ان لو كان
حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها فلو تقرر اشتراط النية لو كان لاجل
الطلاق لكان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين احد
نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق بعين النية شرط للطلاق
البائن لا للطلاق المجرد **وقوله** وانتقاص العدد جواب عن قوله وينتقص
به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك
ينتقص به العدد وتحقيقه ان لا منافاة بين نقص العدد والطلاق
البائن وكانت النقص من حيث كونه طلاقا بائنا **وقوله** وانما تصح نية
الثلاث جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما تصح نية الثلث
في قوله انت بائن مثلا كما لم تصح في قوله انت طالق لانه عامل بنفسه و
تقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث انه عامل في الحقيقة بل من حيث
تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى
وهو الواحد البائن ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد
وقد بيناه من قبل يعني في اوائل باب ايقاع الطلاق وهو قوله ولكن
نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا اي **قال** فان قال
لها اعتدي اعتدي اعتدي فالمسئلة تحتمل وجوها هذه تفصيلها نوى بالجميع
طلاقا وقعت ثلاثا نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا
لم يقع شيء نوى بالاولى طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالثانية

في حقائقها قوله والشرط تعيين احد نوعي البينونة جواب عما قوله ولهذا تشترط النية

يعني لا نسلم ان الفاظ الكنايات كنايات على التحقيق لان الحقيقة كنايتها معلومة سميت كنايات مجازا للاستتار في حقائقها

فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالجميع الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا يكذبه و
بخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان
الحال عند الاوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق
مع اليمين لانه امين في
الاخبار عما في ضميره والقول
قول الامين مع اليمين

طلاق لا غير وفي ثنتان نوى بالثالثة طلاق لا غير وفي واحدة
نوى بالاول حيضا لا غير وفي ثلاث نوى بالثانية حيضا لا غير وفي
ثنتان نوى بالثالثة حيضا لا غير وفي واحدة نوى بالاول طلاقا و
بالثانية حيضا لا غير وفي ثنتان نوى بالاول طلاقا والثالثة
حيضا لا غير وفي واحدة نوى بالاوليين طلاقا لا غير وفي ثلاث
نوى بالاخريين طلاقا لا غير وفي ثنتان نوى بالاوليين حيضا لا غير
وفي ثنتان نوى بالاخريين حيضا لا غير وفي واحدة نوى بالاول
والثالثة طلاقا لا غير وفي ثلاث نوى بالاول والثالثة حيضا لا غير
وفي ثنتان نوى بالاول والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا نوى بالاول
طلاقا وفي واحدة وبيان هذه الوجوه على الاقتصار وعلى حال مذاكرة
الطلاق وان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله اعلم

لا غير وفي ثنتان نوى بالاول والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وفي ثنتان نوى بالثانية و الثالثة طلاقا وبالاول حيضا وفي ثلاث نوى بالاول والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وفي ثنتان نوى بالاول والثالثة حيضا بالثانية طلاقا وفي ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا

وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه
امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين والحمد لله على كل نعمة

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس
الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل من غيره في باب على حدة
واخر لان الاصل تصرف المرء بنفسه **فصل** في الاختيار هذا الباب
ثلاثة فصول بالاستقراء وذكرنا صوابه وكلامه واضح وقاله ان
فيه قياسا واستحسانا فالقياس يقتضي ان لا يقع بهذا شيء وان نوى
الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق
او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او
اخذت في عمل اخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم

ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة
واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل اخر اذ مجلس الاكل غير مجلس
المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم
لان المقصود هناك الافتراق
من غير قبض

من نفسي او اخترت نفسي لا يقع شيء ومن لا يملك شيئا لا يملك تمليكه لغيره
لكنهم استحسنوا ترك القياس باجماع الصحابة فانه روي عن عمر وعثمان وعلي
وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم اجمعين
انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها
ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك
فحل محل الاجماع قوله ولانه تمليك دليل معقول على ان الاصل ان
يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو يخالف لما ذكر صاحب النهاية
ان القياس ان لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق
والمطلق منه يحتمل التابيد بما ابدا تركنا هذا القياس باثار الصحابة رض
والقياس يجعله كالبيع في كونه تمليكا ثم لا يخلو اما ان يكون البيع
مما يتابد او مما لا يتابد فان كان الاول بطل القياس اعني قياس المختصر
التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الا
ختيار كذلك فلم يكن القياس مما ذكره صاحب النهاية بابين التمليك
والتوكيل بان التمليك يقتضي ان يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل
يقتضي ان يكون الوكيل عاملا لغيره فالمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها
وكان التخيير تمليكا لا توكيلا واورد على ذلك بشيئين احدهما ان رب
الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان
عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار
على المجلس ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثاني ان التخيير

ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف اخر غيره فان اختارت
نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك
الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسنا باجماع الصحابة ولانه يسبيل من
ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم

ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها لثبوت اختصاصها به وذلك في البائن قال ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لانها تتنوع قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها

لو كان تمليكا لتوارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلق نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث واجاب عن الاول بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بواقع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن وكالتها وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره واقول التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف وبه يندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبل القبول لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم اعلم انها اما ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء وقال علي رضي الله عنه يقع تطليقة رجعية كانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما اخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يقع في ذلك شيء قالت عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا وهو قول علي رضي الله عنه لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها وذلك في البائن ولا يقع ثلاث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم وقوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا الذي يجيء بذكر النفس في موضع

قوله وقع في ضمن صحة اقول اي في ضمن عمله للموكل ... فليتامل

قوله والجواب عن الثانية اقول فيه بحث اذ ... يحصل الملك ... س

حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته

اراد بالطلاق البائن من التخيير فان البينونة لما تقع عند ذكر النفس في احد الكلامين فكذلك تقع عند ذكر ما يقوم مقام النفس في احد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح وقوله حتى لو قال اختاري فقالت اخترت فهو باطل وقيل اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله ولا تعيين مع الابهام يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام وقوله ولو قال اختاري نفسك ظ وقوله فيتضمن اعادته اي اعادة كلامه فكانها قالت اخترت نفسي باختيارك وهو النفس وكذا لو قال اختاري اختيارة فانها ما يقوم مقام النفس لان الهاء في الاختيارة عبارة عن الاتحاد وكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد اخرى بان قال اختاري نفسك بثنتين او بثلاث فصار مفسرا من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد وقوله ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي ظ ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكر الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلامها بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا يطلق

وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه وكذا لو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه

ولو قال اختاري فقالت انا اخترت اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد
وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا طلق نفسي وجه الاستحسان
حديث عائشة رض فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عم جوابا منها

لان هذا مجرد وعد يعني ان ارادت الاستقبال او يحتمل الحال نر دد فصار
كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع الطلاق
لهذا وجه الاستحسان حديث عائشة رض وهو ما روي انه لما نزل قوله تع
يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين
امتعكن واسرحكن سراحا جميلا بدا رسول الله عم بعائشة رض فقال
انا مخبرك بامر فلا تجيبني حتى تستأمري ابويك ثم اخبرها بالاية فقالت
افي هذا استأمر ابوي لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عم جوابا منها
وان كان على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولان هذه الصيغة حقيقة
في الحال وتجوز في الاستقبال والحقيقة حيث يمكن ان يكون مرادا كما في
كلمة الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده
ورسوله يعتبر ذلك ايمانا منه لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال
اشهد يكون اخبارا بالحال بخلاف قولها انا اطلق نفسي لان الحمل على
الحقيقة متعذر اذ ليس ثمه حالة قائمة بالتكلم ويكون قوله اطلق نفسي
حكاية عنه مرغبة ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يصلح اللسان
حكاية عن فعل قائم باللسان لانه حكاية على سبيل الحال لانه معدوم بعد الحكاية
فتقتضي وجود المحكي عنه ولا كذلك اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة
وهو اختيارها نفسها لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان
حكاية عن امر قائم لا محالة واعترض الشارح على قوله صيغة في الحال
بان النحويين اتفقوا على ان صيغة المضارع مشترك بين الحال والاستقبال
ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة
بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها
انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها تم

ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت
ثلثا في قول ابي حنيفة ولا يحتاج الى [illegible] نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية
لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر تم

وهم اعرف بالموضوعات واجاب صاحب النهاية وتابعه حمزه بان اهل
معنى المشترك ترجح دلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة
الحال به اذ العادة العرفية والشرعية تدلان على ان تستعمل هذه الصيغة
للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وانا املك كذا ارادة بها الحال
في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وهذا كما ترى ليس
بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل واقول كون الحقيقة والمجاز
ليس من وظيفة النحو فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصول
او وظيفة البيان وهم لم يتعرضوا الذكر فيما وصل البنا فكتبهم و
اهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال بما قال المصنف ومنهم من
قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والعكس منهم لا
محالة والقول بالاشتراك مرجوح لان الاغلظ اذا دار بين الاشتراك و
المجاز فالحمل على المجاز اولى لان الاشتراك يخل بالفهم على ما عرف قال
ولو قال لها اختاري اختاري اختاري ولو قال لها اختاري ثلث
مرات فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا
عند ابي حنيفة رح ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما
تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية وان كانت من الكنايات لدلالة
التكرار عليه اذ الاختيار في الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا
يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام قالا الاولى والوسطى والاخيرة كل
منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد

لهما ان ذكر الاول وما يجري مجراه وان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث
الافراد فيعتبر فيما يفيد وكنه انه هذا وصف لغو لان المجتمع في المكان لا ترتيب فيه
كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغى في حق الاصل لغى

قال المحمود والكلام للترتيب اقول اشتراك الجواب عن قولهما

ولكنا نقول اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت
ما صار الى بالكلمة الاولى والوسطى ما صار الي بالكلمة التطليقة فكانها صرحت
بذلك وفي ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولا نسلم ان هذا وصف لغو
لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا
في مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان
فيقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخرا وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام
الذي للترتيب وهو الاولى والاخيرة واذا لغى اللفظ من حيث الترتيب
يلغو من حيث الافراد ايضا لان الترتيب فيه اصل بدلالة الاشتقاق
والافراد من ضروراته واذا لغى في حقها بقي قولها اخترت وهو يصلح
جوابا للكل فيقع الثلاث وفيه نظر من وجهين احدهما انه لا يطلق
الكلام على الاول او الوسطى او الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما
والثاني ان الاول اسم لفرد سابق فكان الافراد اصلا والترتيب
بناء لكونه يفهم من وصفه والجواب عن الاول ان اهل اللغة ربما يطلقون
الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا
على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة
الجزء وعن الثاني بان كلامه في ذلك صفة والصفة دالة على ذات
باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاول دالا على فرد سابق ومعنى
السبق هو المقصود فيكون الترتيب اصلا والافراد من ضروراته
لان الصفة لا تقوم الا بالذات التي تلزمها الفردية في الوجود وهذا

واذا لغى في الاصل لغى في البناء

ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها
ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلاث فمع التأكيد اولى ولو قالت قد طلقت
نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة تملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق
بعد انقضاء العدة فكانها
اختارت نفسها بعد العدة

بالمرة بان قالت اخترت نفسي مرة في جواب قوله اختاري ثلاث مرات

كما هو مبني وقيع جزاه الله بقولهم المحصلين خيرا ولو قالت اخترت
اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت
نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يعني في جواب من قال اختاري
فهي واحدة تملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قولها قد طلقت
نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يوجب الانطلاق اي البينونة
بعد انقضاء العدة لكونه من الفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد
انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعة فان
قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار
وهو يفيد البينونة اشار الى الجواب بقوله فكانها اختارت نفسها
بعد العدة فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال
الشارحون قوله تملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان المرأة انما تملك
حكم التفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فتملك الا انه لا غير
والاصح من الرواية فهي واحدة لا يملك الرجعة لان رواية المبسوط
والجامع الكبير والزيادات وعامة النسخ للجامع الصغير هكذا سوى
الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب و
الدليل ايضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير
لقاضي خان اما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا تتناول
الا من الواحدة وانما يكون بائنا لان الامر بحكم الزوج والواقع
بالتخيير بائن لانه تملك النفس بها والرجعي لا يثبت ملك النفس

قال المحمود لان الاختيار اول فيه تامل

لان معنى بمرة واحدة
اخترت جميع ما فوضت الي اختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلث
فقد فوض اليها ذلك وقوله اخترت
نفسي بواحدة في معنى بمرة واحدة
لان الوحدة صفة الاختيارة

قوله قال ان الرجعة قوله تملك اقول كيف يكون غلطا من الكاتب وفيه يحمل ما على الجواب ان يراد ما وقع في بعض نسخ الجامع الصغير وما نبه فيه بتطبيل

ولو قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة **فصل في الامر باليد**

وان قال لها امرك بيدك في تطليقة واختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل يعقوب والجواب ان قولها اخترت نفسي لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه ضعيف من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ويصلح هذا بالعكس لكون الطلاق اقوى ومن ثم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر الكلام وهو الامر باليد والاختيار ما يؤول اليه في الكفر وهي ضعيفا في الاختيار فجاز ان يقع قولها اخترت جوابا له **فصل في الامر باليد** اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم اذا جعل الرجل امر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل فقال في الاقناع الا ان هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك للامر فيملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت منك لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي ان لا يقع قياسا كما في الاختيار الا اذا ثبت انه اذا قال امري بيدك او امرك في يدي وقع الطلاق حينئذ فيقع واذا قال لامرأته امرك بيدك ينوي بذلك الثلاث فقالت

ولو قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث

ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاول الاختيارة وفي الثانية التطليقة

فقد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلثة اما الاول فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا مثلين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على الثلثة فلان الواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة اي باختيارة واحدة يدل عليه ما بعده وهو قوله وهو في الاول الاختيارة وانما عبرت عنها بمرة لان الصفة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمرة ونحو ذلك اي نحو قوله اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الي اختيارة واحدة ونوى الزوج الثلث فتقع التطليقات

ولو قالت بيني في جواب قوله امرك بيدك قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته على حسب ما دل عليه المذكور السابق وهو في الاول الاختيارة لدلالة اخترت عليها وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهو في الاول الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة الاختيارة لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف وكانه قال وهو في الاول الاختيارة لدلالة اخترت عليها ويكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون بائنة لان امرك بيدك من الفاظ الكنايات والبوائن يا ايتيح فيما سوى الثلثة المذكورة

الا ان يكون ما بينه لان التفويض مذكور في الايقاع في الباب صريحا في انه ملكها امرها وكلامها
خرج جوابا له فيصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث
في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه
لا يحتمل العموم وقد حققناه
من قبل

فكان التفويض في الباب صريحا في انه ملكها امرها فقوله في الباب
خبرات ونوبر التفويض حصل في الباب الصريح انه ملكها امرها
فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الفاظ
الكناية وكلامها خرج جوابا له فيصير الصفة المذكورة بنية البينونة
في التفويض مذكورة في ايقاع المرأة ليكون كلامها مطابقا للكلام
فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري
وبين قولها ذلك في جواب امرك بيدك عند الكل حتى كان الواقع في
الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني بائنا كما ذكره وهل بهذا الاديل
على ان ما تقدم كان سهوا ام الى نبه كما ذكره الشارحون فالجواب
ان الاختيار بالقياس فيه ان لا يقع الطلاق في ان نوى الزوج الا انا
استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لان الباب
ملبس فيه ما يمنع من صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف
الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق فيثبت ذلك استحسانا على ما نقلنا من صاحب
النهاية في اول هذا الفصل وانما يصح نية الثلث في قوله امرك بيدك
دون اختاري لانه يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الاسلام الامر اسم
عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد به الاشياء كلها
ولو استشهد بقوله لله الامر من قبل ومن بعد لكان اولى واذا كان الامر
اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كانه قال في قوله طلاقك
بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلث

ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم
وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم
بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر

نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل في
فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع قال ولو قال امرك
بيدك اليوم وبعد غد ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل
فيه الليلة حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان ردت
الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر في يدها بعد غد لانه صرح
بذكر وقتين بينهما اليوم وبعد غد بينهما وقت من جنسهما يعني الغد
لم يتناوله الامر فانها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا
امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر وهذا دليل كون الامر بيدها
بعد غد بعد ردها في اليوم وقوله اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول
الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهذا كما ترى ادراج ملتبس في ان كان
ظاهرا وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد
غد في كون احدهما معطوفا على الاخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا
الفرق بينهما ظاهر وهو ان الطلاق لا يحتمل التاقيت وكان الطلاق
اليوم طالقا ابدا وبعد غد وغيرهما واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر
وقتين غير متصل احدهما بالاخر يتخلل وقت بينهما غير مذكور
فيتوقت بالاول وجعل الثاني امرا مستدارا كانه قال وامرك بيدك
بعد غد ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه
ظاهر وقوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع معناه ليس
للمرأة ان ترد الامر باليد الذي حصل من زوجها بان تقول

وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل
التاقيت والامر باليد يحتمله فيتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرا مستدار

ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا ادخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع

م

لا قبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه زوجها عليها بقوله انت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان وكان لها ان تختار نفسها غدا **وقوله** وهو الظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك اليوم قال شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة وجعل قاضي خان هذه الرواية اصل الرواية ولم يذكر خلاف احد **وقوله** وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها ظاهر مما قدمناه في فصل اضافة الطلاق واليه اشار بقوله وقد حققناه من قبل **قوله** فيتوقت به اي بالنهار ثم تنقضي بانقضائه واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهذه تتصرف برأي نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه بين في فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا ادخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فائدة لان المرأة اذا لم تقم من مجلسها يوما او اكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي ان يقتصر على المجلس في بعضها تناف ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك اي الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبته وهو الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد وكذا اذا اختارت زوجها يرتد الامر لان المختار بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف رح انه اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا انهما امران لانه ذكر لكل وقت خبرا بحلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته

م

واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل اخر على ما بيناه في الخيار

م

او الى مجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكر فكيف يكون محتملا له واجيب بان التمليك الذي هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها في الكل الى وقتها فلو بطل الامر لقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة وبهذا اخرج الجواب عن النظر المتقدم ايضا واما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت غلب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على فسخه واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام عن مجلسه لم يبطل لان التعليق لازم في حقه لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا فان ايهما قام عن المجلس قبل قبول الاخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا الوجه اصح ان يرجع كلامه قبل قبول الاخر جاز فاذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول يعني الى مجلس اخر ومرة بالاخذ في عمل اخر على ما بيناه ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تاخذ في عمل اخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او ما يدل على الاعراض

قوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تاخذ في عمل اخر اراد به عملا يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قائدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت

م

قال رضـ هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيرها انها اذا كانت قائمة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء انما هو التساند ما لامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف ولو قالت ادع ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة ومن قال

في الخيار يعني قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الا ترى وقوله وتخرج الامر من يدها ط وقوله وكذا ليس للتقدير به اي باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق وان اراد بقوله وقوله قول محمد في الجامع الصغير وقوله ولو كانت قائمة فجلست ط وقوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لان من حزبه امر قد يستند للتفكر في ان الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله ففيه روايتان عن ابي يوسف في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن بن ابي مالك عنه يبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين فيه فيما ذكرنا قيل انما خص ابا يوسف بالذكر وان احتمل ان يكون قول صاحبيه كذلك لانه ما نقلا عنه ط وقوله ادعو ابي استشيره ط وقوله والسفينة بمنزلة البيت يعني انها اذا سارت لا يبطل خيارها

فصل في المشيئة قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال لم تقدم الامر باليد والمشيئة دوري فيسقط ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن سواء طلقت جملة او متفرقة وقوله لان قوله طلقي ظ لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة وكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة اولى وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت

ع فانها زادت وصفا فيلغو الوصف ويثبت الاصل هـ ع

١٠٨

ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة انه لا يقع شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق

والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت والفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونها من تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه اي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعية انما تنقلب الابانة بعد انقضاء العدة فاما ان يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف او يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف فيصحح الاصل اولى فيصار اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة بائنة وقوله وينبغي ان يقع تطليقة رجعية الى قال هذا تفسير الكلام محمد رح فانه قال طلقت ولم يتعرض لشيء اخر وارى انه مستغني عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل وقوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها حيث كان المفوض الطلاق وما اتت به الابانة وهما متغايران لا محالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف انها تطلق طلاقا بائنا لان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول اي ظاهر الرواية وان قال

وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات
فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امراتي فله ان يطلقها في المجلس
وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله
لامراته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا

لها طلقي نفسك واضح وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس
نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احديهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك
باليمين دون طلق ضرتك وكلاهما من طلقي نفسك ان اردت طلاق
نفسك فانت طالق جاز ان يكون من طلقي ضرتك ان اردت طلاقها
فهي طالق والثانية انهم جعلوا المراة في الامر بتطليق نفسها مالكة وفي
امرها بتطليق ضرتها وكيلة مع انها في الصورتين عاملة بنفسها فما وجه
ذلك والجواب عن الاول ان اليمين بالتعليق انما يكون لما في وجوده تردد
ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها امر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح
شرطا واجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل
هو الذي يعمل لغيره والمراة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق
النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق ضرتها
اعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان يكونا من
باب المشية اولا والثاني يشمل التمليك او يشمل التوكيل او الحكم الداخل
وان قال لها طلقي نفسك متى شئت واضح ولقائل ان يقول هذه الصورة
موجود اولا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان
الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس
من احكام التمليك والحكم قد يتاخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريق تخصيص
العلة ومذهب الاصول قوله واذا قال لرجل طلق امراتي واضح وحاصله
ما ذكرنا في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره

ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس له ان يرجع وقال زفر هذا والاول
سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشيته فكان كالتوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت
ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق
بخلاف البيع لانه لا يحتمله

ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة
ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة

وقد علمت ما عليه ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس
خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح
بالمشية كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيته لان الفعل الاختياري لا يتحقق
بدونها وفعله اختياري واذا ثبت هذا كان الثاني توكيلا كالاول وصار
كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشية لا يخرج التوكيل
الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف
عن مشيته لا يقال قد ثبت اتفاقا ان الوكيل ايضا يتصرف عن مشيته لانا نقول
المشية نوعان مشية يفتقر اليها الحركة الارادية وهي ثابتة في الوكيل
مع جهة حظر رفعها قوله طلقها اي افعل للموكل والثانية انما
يكون في الملاك وقد فوض اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما
امكنني تلخيصه من كلام الشيخ ولقائل ان يقول كونه عاملا لنفسه لازم
من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة وقولنا ذا بنى الكلام
على ما قدمت من ان التمليك اقدار شرعي على محل التصرف والتوكيل اقدار
شرعي على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط
هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرة على ما قررتم اقول والوكيل في
الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا الى نفسه
كان قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله طلقي ضرتك وقوله لا صح
طلق امراتي فيحتملان الرسالة فاذا لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا
وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه

وقالا تقع واحدة لانها اتت بما ملكت وزيادة فصار كما اذا طلق الزوج الفا ولابي حنيفة
انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة كالاجنبية وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث
غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة
على سبيل المضادة تم

وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الغرة فتامله فلعله مخلص وقوله و
الطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر رح صورة النزاع على البيع
فان قيل هذا التوكيل بالبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق
اجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع قال وان قال
لها طلقي نفسك ثلاثا هذا البيان في تحفة الكركة زوجها في ايقاع
اليها فالمسئلة ظ واما الثانية فتوجيه قولهما فيها واضح كما لو قال لها
طلقي نفسك فطلقها وضرتها كما تقدم فيما اذا قال طلقي نفسك فقالت
ابنت نفسي فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة
البينونة بعد المطابقة في اصل الطلاق فيكون بعدها طلقت
نفسي محتمله ويلغو قولها ثلاثا ولابي حنيفة رح انها اتت بغير ما فوض
اليها ومن قبلت كذلك كانت مبتدئة كالفضولي كما لو قال لها طلقي
نفسك فطلقت ضرتها فانه يتوقف على اجازته وكلامه فيه ظ فان
قيل قد ثبت من مذهبنا اهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينه
ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها في وجه
اثبات المغايرة بينهما اجيب بان ذلك في العشرة الموجودة والمتصورة
واما الثلاث ههنا فمعدوم والواحد الموجود غير الثلاث المعدوم
فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة
فطلقت نفسها ثلاثا وقعت واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها
اذ الثلاث غير الواحد على ما ذكر اجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لنفسه

قوله واجيب بانه اعتبر الخ اقول فيه ان الاول قابل للتعليق بخلاف الثاني فليتأمل بعض ش

قوله والواحد الموجود الخ اقول

بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث
اما ههنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا تم

وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر الزوج فمعنى الاول
ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة اي املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها
اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك
واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين
صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع
بالصفة التي عينها الزوج بائنا وان قال
لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت
واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت
الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت
الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي
نفسك واحدة ان شئت فطلقت
نفسها ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة لان مشية
الثلث ليست مشية للواحدة كايقاعها
وقالا تقع واحدة لان مشية الثلث
مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع
للواحدة فوجد الشرط تم

فقد يكون خاصا وقد يكون عاما اذا نوى الواحدة فقد قصد بنوع خاص
وهو غير ما تعلق اللفظ فلما وقفت ثلاثا فقد وافقته فيما هو اصل التفويض
وهو لا يكون اقل من الواحدة فيقع الواحدة وقوله وان امرها بطلاق
يملك الرجعة ظ وكذا قوله وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت
لان معنى قوله ان شئت كلا التقديرين يتعلق بمشية الثلاث ولم يوجد
بمشية الواحدة وكذا عكسه عند ابي حنيفة لان الشرط مشية الثلاث
ومشية الثلاث ليست مشية للواحدة كما ان ايقاع الثلث ليس بايقاع
للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلاثا ووجه قولهما ظ ولو قال لها
انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي
الطلاق بطل الامر وكلامه ظ وفيه بحث من وجهين احدهما انه كان ينبغي
ان يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه
اذا قال شئت طلاقك اتى بلفظ صريح الطلاق فينبغي ان لا يحتاج الى النية
واجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق
والذي فيه ذكر المشية فيكون شائيا لمشيتها لا الطلاق لا باعمال كلامها
مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغا باشتغال بما لا
يعنيها فيلغو ما بني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد
وجوده ملكا وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية ليتعين جهة الوجود
وقوعا وقوله اذ المشية تنبئ عن الوجود قيل لان المشية في الاصل ماخوذة
من الشيء وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة اوجدت وايجاده

ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق
طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع
الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المراة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها
والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدا اذ المشية تنبئ عن الوجود
بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا
لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الآتي به مشية معلقة فلا يقع الطلاق ويبطل الامر تم

وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر [redacted] قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال
لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس
اما كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو
ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى ترتد بالرد ولا
تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك التطليق بعد تطليق
واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رح اذا تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب التكرار الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها في كلمة واحدة ثلثا لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا

الطلاق بايجابه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب فالعلم الحمى رائد الموت اي طالبه فان قيل ذهب علماؤنا رح في اصول الدين الى ان الارادة والمشية واحدة في حضرة الربوبية فالجواب انه يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان لا محالة وكذا ما يريد بخلاف العباد قوله وكذا اذا قال شئت ان شاء ابطاله قوله لان التعليق بامر كائن تنجيز مثل لو كان كذلك يكون من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك ويجب بان بطلان الشيء ثم وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله اذا فصل التعليق بما يفعل مستقبلا وكذا اذا فصل بفعل في الماضي ثم تكفير المسلم قوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت الخ واضح قوله فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه بشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك قوله وقد مر من قبل يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان قوله ولو قال لها انت طالق كلما شئت الخ قوله ولا تملك الايقاع جملة وجمعا قيل هما واحد وقيل الجملة هو ان تقول طلقت نفسي ثلثا والجمع ان تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة وهذا هو الظ وكذا لو قال لها انت طالق حيث شئت الخ فان قيل اذا الغي ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق في ظل الدار فانه يقع الساعة اجيب بان حيث واين تفيدان ضربا من التاخير وحرف الشرط ايضا يفيد ضربا من التاخير فيشتركان في كونهما

ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت عن مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة ومعناه قبل المشية

فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت [redacted]
ثبوتها قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة
او على القلب يقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية
تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير

انا فسر فيجعلان في ازاء حرف الشرط فان قيل اذا جعلا في ازاء حرف الشرط لما ذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا في ازاء حرف ان واما اذا جعلا في ازاء كلمة اذا ومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعلا في ازاء اذا ومتى اجيب بان جعلهما في ازاء ان اولى لانها المحض في الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره قوله بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان واما اذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال انت طالق غدا او عموما كما لو قال انت طالق في اي وقت شئت قال وان قال لها انت طالق كيف شئت اختلف علماؤنا فيما اذا قال انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيتها او لا فقال ابو حنيفة لا يتعلق بل يقع طلقة واحدة ولا مشية لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشية اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من ان نوى الزوج شيئا او لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيتها في الحكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتها فذاك وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلثا او بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فاذا شاءت وقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلث لانه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد

قال رضه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رح وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية
او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد
من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده

ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي
وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه

من تعليق الاصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال
انت طالق ان شئت او حيث شئت او اين شئت ولابي حنيفة ان كلمة
كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي
وصف من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق
والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله والا لكان لطلبه وليس
كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظ وفيهما سؤال مشهور وهو ان
المعقول ان لا احتياج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان
تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بسائر التفويضات وجوابه
انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد
والبينونة فيحتاج الى النية ليتعين احدهما وقد روي عن الطحاوي ان
للمرءة ان تجعل الطلاق بائنا او ثلاثا في قول ابي حنيفة قال صاحب النهاية
ناقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا الاشكال
فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل الا في كونه تفويضا وذلك ليس بمانع
لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب
التعويل نظر توضيحه ان المناظر المشيئة ما تعلق بها والتعليق بالمشيئة
انما حصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا
تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجزا اصل الطلاق مفوضا لوصفه
المتنوع وتفويض وصف الشيء مبهما قبل وجود الاصل ممتنع الا ان
في غير المدخول بها لا اثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو

تفويض

ولو قال انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما تستعملان
للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان
ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال

تفويض الصفة المشيئة وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل
فلها المشيئة بعد وقوعه وقوله وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال
لعبده انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة ولا حاجة للعتق بتفويض
اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب فالاصح ان الاصل
هذا قول ابي حنيفة رح لان ما اورده في هذا الفصل من مسائل الجامع الصغير
وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة لا غير فذكر ذلك
ليتبين ان ما ذكر في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل
وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت
ذكر في الاصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين
او ثلثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها
ثلثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلثا اجيب بانه يجوز ان يكون المراد
بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة
يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على
انه روى الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه
الاختصاص اضطرارها فان التنوع يخرج الامر من يدها قوله لانهما يعني كم
وما تستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قيل
هذا في كم مسلم واما ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى ما دمت
حيا اي وقت الحياة فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد
بالشك اجيب بان جانب العدد مرجح باصل اخر وهو ان هذا تفويض

وإن قال لها طلّقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين
ولا تطلق ثلاثاً عند أبي حنيفة وقالا تطلق ثلاثاً إن شاءت لأن كلمة ما محكمة للتعميم وكلمة
من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما إذا قال كُل من طعامي ما شئت أو طلّق من نسائي
من شئت ولأبي حنيفة أن كلمة
من حقيقة للتبعيض
وما للتعميم فيعمل بهما

يعني التمليك لأنه تفويض إلى المرأة الأمر بنفسها تقتصر على المجلس وذلك إنما
يكون أن لو كانت معلومة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر
لأن فيه معنى التعليق فيتوقف عليه وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح
والجواب أنه تمليك فيه معنى التعليق والأول كالأصل فالترجيح به
أو بأن قامت عن المجلس بطل لما ذكرنا أنه تمليك والتمليك يقتصر على
المجلس وإن ردّت الأمر كان ردّاً لأن هذا أمر واحد إذ ليس فيه
ما يدل على التكرار قيل هو احتراز عن كلما وكل ما هو أمر واحد يقتضي جواباً
واحداً ليكون الجواب مطابقاً للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي أن
يكون في الحال لأنه خطاب في الحال إذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت
مراداً قيل هو احتراز عن إذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال
كما قلنا إذا ردّت الأمر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم
التكرار وإن قال لها طلّقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق
نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند أبي حنيفة رح وقالا لها أن
تطلق ثلاثاً لأن كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز يعني للبيان
كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان وقد تكون للتبعيض وقد
تكون لغيرهما كما عرف ذلك في موضعه في الكلام المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل
على المحكم ويجعل بياناً كما إذا قال كُل من طعامي ما شئت أو طلّق
من نسائي من شئت من شاءت ولأبي حنيفة رح أن كلمة من
حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن من حيث أن يجعل المراد

بعضا

وفي المستصفى إنه ترك التبعيض لدلالة إظهار السماحة أو لعموم الصفة وهو المشيئة حتى لو قال من شئت
كان على الخلاف

باب الأيمان في الطلاق

وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب
النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق وقال
الشافعي لا يقع لقوله صلعم
لا طلاق قبل النكاح

بعضاً عاماً والثنتان كذلك لأنه ما بقي إلا الواحدة عامة وما بقي إلا
الثلاث بعض فإن قيل فعلى هذا لا يتناول الواحدة لأنه ليس بعام أجيب
بأنه يتناوله دلالة وإذا أمكن العمل بهما لا يهمل أحدهما وفي المستصفى إنه
ترك التبعيض بدليل خارجي وهو إظهار السماحة أو لعموم الصفة وهو
المشيئة فإن النكرة إذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وهنا
لو قال من شئت كان على الخلاف قيل ثم إنها إن طلقت نفسها ثلاثاً
لا يقع شيء عند أبي حنيفة رح لأن الأخذ به أن المفوض إلا الواحدة إذا
طلقت نفسها ثلاثاً لا يقع هكذا التي فوض إليها ثنتان إذا طلقت نفسها
ثلاثاً لا يقع وقد مر

باب الأيمان في الطلاق

لما فرغ من بيان
تنجيز الطلاق صريحاً وكناية عقبه بذكر باب تعليقه لكونه مركباً من ذكر
الطلاق والشرط والمركب مؤخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن
تعليقه بأمر على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء سمي يميناً مجازاً
لما فيه من معنى السببية وإضافته ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق و
العتاق والظهار إلى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما إذا قال
لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو على العموم كقوله كل امرأة أتزوجها
فهي طالق وهذا قول عمر رض وروي ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي رح
لا يقع وهو قول ابن عباس رض واستدل على ذلك بقوله عم لا طلاق قبل
النكاح وروي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رض أنه خطب امرأة فأبى
أولياؤها أن يزوجوها منه فقال إن نكحتها فهي طالق ثلاثاً فسئل عن ذلك

ولنا ان هذا التصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع
عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث
محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما م

قبل وجود الشرط اثر الشرط ان يمنع السبب

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا التصرف يمين لوجود
الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان
الوقوع عند الشرط ذو العلة ليثبت بعلة في الحال عندنا كما عرف في الاصول
والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده
وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى
الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار
فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك في الحال
شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه
فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها
ذلك عسى عدم الملك ظاهرا لان الظاهر عدم ما يحدث فلا تيقن
به وهذا جواب بالفرق والنقض ما يحل به وقوله وقبل ذلك اي قبل وجود
الشرط اثره المنع وهو قائم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف
الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة
واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير وقوله والحديث يعني ما رواه
ابن عمر محمول على نفي التنجيز فان النفي يرد على الطلاق حقيقة لا
التعليق وحقيقته انهم سالوه صلعم عمن ذكر ذلك طلاقا فقال لا طلاق
قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح
جائز او ليس بجائز وليس في الحديث ما يدل على نفيه او اثباته والحمل على التنجيز
ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم

واذا اضاف الطلاق الى الشرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت
طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا وايقاعا
ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا
ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين
وهو القوة والظهور باحد
هذين والاضافة الى سبب
الملك بمنزلة الاضافة اليه
لانه ظاهر عند سببه م

بن عبد الله واذا اضافه الى الشرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته
ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال
والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط لان الاصل بقاء الشيء على ما كان وهو
استصحاب الحال لا لاثبات المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب
حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس
الكلام فيه قوله فيصح يمينا يعني عندنا عاجلا وايقاعا يعني عند الشافعي
فان عنده كونه طلاقا يتعلق لا التطليق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم
يثبت حكمه فيه ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف
عليه او يضيفه الى الملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود والظهور
باحد هذين الامرين اما ان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا فليكون مخيفا
بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة فان الحالف على الحمل او المنع الذي
عقد اليمين لاجله يتقوى بخوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء
غالب الوجود عند الشرط واما ان ظهوره باحد هذين فلانه اذا انعدما انعدم
الخوف فانعدم معنى اليمين اعني الحمل او المنع وقوله والاضافة الى سبب
الملك كقوله ان اشتريتك فانت حر بمنزلة الاضافة الى الملك كقوله ان
ملكتك فانت حر لانه اي الجزاء ظاهر عند سببه يعني سبب الملك
قوله فان قال لاجنبية يتفرع على ما تقدم من الاصل وهو ظ واعترض بانه لم
لا يجوز ان يقدر تزوجتك حتى لو قال معناه ان تزوجتك ودخلت الدار
فانت طالق صيانة عن الالغاء واجيب بان فعل اليمين مما يدوم فلا يجوز

قوله الجزاء
قوله لان الملك قائم في الحال
جواب عما يقال سلمنا ان الطلاق يقع عقيب
الشرط اذا كان الملك حينئذ قائما اما اذا زال فلا
فينبغي ان لا يصح يمينا اصلا لاحتمال زوال
الملك فاجاب بقوله لان الملك قائم في الحال
لكونه محققا في الحال
قوله والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط لان الاصل
في كل ثابت استمراره خصوصا النكاح الذي
هو عقد العمر ومجرد احتمال الزوال لا يلتفت
اليه لانه ليس بناشئ عن الدليل فلما صح
تعليقه بالنظر الى بقاء الملك ظاهرا وقع كلام المعلق
يمينا على اصلنا لان التعليقات ليست باسباب
في الحال عندنا وانما تنقلب اسبابا عند الشرط
وعلى اصل الش فهي ايقاعا لان التعليقات
اسباب عنده في الحال والملك في الحال موجود
تصح التعليقة يمينا من حيث انه يمين عندنا
وايقاعا من حيث الايقاع عنده

فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الى لف
ليس عاملك وما اضافه الى الملك وسببه ولابد من احدهما والفاظ الشرط ان واذا
واذا ما وكل وكلما ومتى ومهما لان الشرط مشتق من العلامة
تم

قال المص لان الشرط مشتق من العلامة اقول
ينبغي من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط
بالتحريك قال الله تع وقد جاء اشراطها تمت

نضمم قوله ما وجه يؤذى الى هذه كذلك فان كان ثمة اثر رجحانا وفيه
نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولئن كان فقد يقع ضمنا يكون
محمودا شرعيا كما اذا قال ان اشتريتك او دخلت الدار فانت حر فان لصاحب
الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب ان يقال القدر اما ان يحذو ما او مفيق يكون
فليس بمحذوف لان المذكور ~~ومن الاستثناء المذكور عند التصريح بالقدر~~ ليس كتوقف
عليه لغة ولا مفيق لان من شرطه ان يكون القدر احط رتبة من المذكور وان لا يتغير
المذكور عند التصريح بالقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظ لان التزوج اعلا
رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده
التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه اصول الفقه **قال**
والفاظ الشرط كثيرة بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان في جملتها
اسماء ولم يورد اصدارا في الشرطين وهو اول وخاصة قال في ان انها ام لان كلمة لو تشمل على الشرط
معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل في جمله لفظا وهي ان في مواضع الجزم كتجنبة يجز
وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائها بخلاف لو وهذا لا مدخل له في علم
الفقه والصواب ان يقال قد تقدم ان التعليق يمين يعقد للحمل او المنع وذلك
انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فلا
له مدخل في ذلك **وقوله** لان الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط
بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكره في الكتاب
ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو
الاشتقاق الكبير وهو ان يجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى فليس

وهذه الالفاظ ما يليها افعال فيكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت
وما وراءها ملحقة بها وفي كلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية
تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر
تم

بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم **وقوله** وهذه الالفاظ
ما يليها افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال
على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع و
هذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال والتحقيق
الاستدلال فيه بيان بما لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الالفاظ للشرط
ودليله ان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه
الالفاظ ما يليها الافعال وهذا ايضا مسلم لكن قوله فيكون علامات على الحنث
ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظ وكلامه واضح **قوله** الا في كلما فانها
تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم
التكرار فيه نظر من وجهين احدهما انه يقتضي ان كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود
الشرط تنتهي اليمين فان من قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوج
امرأة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت كذلك وكان الواجب ان يقول في
الاستثناء الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم في
كلمة كل موجود كما ذكرنا انفا والتكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع
الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها
من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتبارها وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين
ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء وهو بمنزلة
من حيث الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة
التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال انما يكون بتجدد الامثال

قوله فقد بين بما لا يفيد مطلوبه اقول فيه
بحث فان ما ذكره المص بيان وجه التسمية
تمت

قوله انما هي باعتبار ما يليها احوال
اي بالذات او بواسطة اسم تمت

قوله قد انتهت اليمين اقول
ما كلمة كل ايضا تمت

ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة
فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تع
كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار وذلك
تم

لان اليمين تعليق جزاء معدوم
بشرط معدوم والشرط اذا انتهى
بوجوده مرة لعدم دلالة اللفظ
على التكرار لا يبقى اليمين
لا محالة غاية البيان

اى القدورى

قال فان تزوجها بعد ذلك اى بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شى لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرءة فهى طالق تحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور

وهو المراد بالتكرار فاما اذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى تنتهى الى الثلث فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شى لان الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شى منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء انتفى الكل وفيه خلاف زفر وسيجى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرءة فهى طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر كما ذكر ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور **قال** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين لما تقدم ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء ايضا باق لبقاء المحل وهو المرءة فبقى اليمين كما كانت فى محله وهى ذمته اى الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شروطه وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس فى الوقوع وانما هو فى بقائه يعنى بقاء اليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففى البقاء اولى او البقاء اسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما ان يوجد الشرط فى الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او فى غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين واما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد فى الملك فينزل الجزاء المعلق به واما انحلال اليمين فلوجود الشرط ولم يقع شى لانعدام المحلية وان اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر فى الكتاب وهو واضح **قوله** ولم تطلق فلانة ليس على ظاهره

قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقى [redacted] والجزاء باق لبقاء محله فبقى اليمين ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد فى غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شى لانعدام المحلية وان اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرءة بينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرءة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هى ولم تطلق فلانة

ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع شى لانه شرط فلا تصدق كما فى الدخول وجه الاستحسان انها امينة فى حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل فى حق العدة والغشيان لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله تعالى بنار جهنم فانت طالق وعبدى حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبينى فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هى ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها

وقوله بل هى اذا كذبها الزوج فى قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع كما قبل فى العدة والغشيان اما قبولها فى العدة فبان تقول انقضت عدتى او لم تنقض واما فى الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلث انقضت عدتى وتزوجت بزوج آخر ودخل بى الزوج الثانى والثانى ان يقبل قولها فى حق حل الجماع وحرمته بقولها انا طاهر او حائض **وقوله** لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها وفيه بحث وهو انها لا تخبر من الحيض وعدمه والى الحال بشمول طلاقها او شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض فى حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشى موجودا معدوما فى حالة واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت لقولها حضت فى هذه الصورة صفتين متغايرتين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ذلك ببدع فى الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيرها وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضى احدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب انتفاء الوجود عند ابى يوسف واما عند الباقين فموجود بالاجماع ومن هذا قيل ينبغى ان يعتبر جوابا فى هذه الصورة عند الكل لوجود المسائل المشهورة **فصل** فى الاستثناء الاستثناء هو التكلم بالباقى بعد الثنيا والحق بفصل التعليق لانه ملحق به لكونه من باب التغيير ولما كان التعليق لكونه كالتبع

ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفى حقها ان يتعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففى حق غيرها بقى الحكم على الاصل وهى المحبة واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بوقوع الطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء

ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكامل
منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا
صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به
بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه

كل الكلام يقتضي ان انقضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه
وبين الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه واما الكلام في الامر الدال عليه
وهو قولها حضت وليس فيه اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه **وقوله**
وكذا لو قال ان كنت تحبيني ان يعذبك الله بنار جهنم ط **وقوله** لما بينا
اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها **وقوله** ولا
ينتفع بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها بعذاب الله اياها بنار جهنم
مقطوع بكذبه فوجب ان لا يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا ينتفع بكذبها لانها
لشدة بغضها اياه فقد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبا لانها
لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبا مقطوعا به
وقوله وفي خاصة ان تعلق الحكم باخبارها ط **وقوله** واذا قال اذا حضت
حيضة فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله ظ ومن الفرق انه لو قال
اذا حضت فانت طالق وهذه البعيد فكان قرار من حين رأت الدم حتى
كان الالف ب له وكان الطلاق بدعيا واذا قال اذا حضت حيضة كان
الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت **وقوله** في حديث الاستبراء
يريد به ما قاله عليه السلام في سبايا اوطاس ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة
اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان ايامها
عشرة ايام وبالانقطاع والغسل او ما يقوم مقامه اذا كان ايامها دون
العشرة **وقوله** واذا قال انت طالق اذا صمت يوما ظاهر مما تقدم في
اذا قال اذا صمت صوما فالحكم كذلك بخلاف ما اذا قال اذا صمت فانه

ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما
وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام
اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع الاخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية
اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء اخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال
تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها واحتياطا
والعدة منقضية بيقين لما بينا ولو قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا ثم طلقها فبانت
وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم
تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق
ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر
لا يقع وهذا على وجوه اما ان وجد
الشرطان في الملك فيقع الطلاق
وهذا ظاهر

اذا ضامنت سالة مؤونة بالبينة ووقع الطلاق كما ذكره في الكتاب
قال ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق الخ هذه المسئلة
لا تخلو من اوجه اما ان علم ان الغلام ولدته اولا طلقت واحدة وانقضت
عدتها بالجارية ولا يقع شيء بعده وان علم ان الجارية ولدت اولا طلقت
ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر ايهما
اول لزمه في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي
التنزه وهو الشاهد في الستر تطليقتان حتى لو كان قد طلقها قبل
هذا واحدة لا يطأها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلثا وترك وطي
امرأة تحل له وطؤها خير من ان يطأ امرأة محرمة عليه **وقوله** والعدة منقضية
بيقين لما بينا يريد قوله لانها لو ولدت الغلام اولا الخ وحاصله ان انقضاء
عدة الحامل بوضع الحمل **وقوله** ان كلمت ابا عمرو وعلى ما ذكره في الكتاب
واضح سوى الفاظ نذكرها **وقوله** في ضمن كلمتين واحد بعد واحد فحينئذ ان الطلاق
لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا
لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا ان صحة الكلام اي صحة هذا
الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم وهي قائمة فيكون صحته قائمة به
لا بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى ملك لكن في شرطية الملك حالة
التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك
اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤها الى وقت وجود
الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون محققا حاصلا
او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير
الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية في اعتبار الاول بالثاني في
حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب
الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط ينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما
بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة

شرط بقاء الملك حالة الشرط الاضافة عند تمام

فان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا اخر ودخل بها ثم عادت الى الاول
فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول
زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر لا يهدم فتعود
بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها
انت طالق ثلثا وتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء تم

او مانعا وحالة تمام الشرط لنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا في الملك وفيما
بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين تقوم بمحلها
وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم
تزوجها فانت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم يبطل اليمين بزوال
الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يبطل حكمه

وقوله واذا قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا مسئلة
الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب فانها
اذا تزوجت بزوج اخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع
عليها الثلاث بالاتفاق اما عند محمد فلعدم الهدم واما عندهما فلان
وجد الهدم فبالدخول الى الدار يقع الثلاث لان الثلاث معلقة
بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها
طلقتين وتزوجت بغير ثمرة الخلاف غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار
تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم بزوج اخر وعندهما لا تثبت لتحققه

وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها
انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخلت بها ثم رجعت الى الاول
فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء مطلق
لاطلاق اللفظ اذ لم يتقيد بطلقات في ملك دون ملك فلا يتقيد

وقوله وقد بقي احتمال وقوعها اي بكونها ثابتا بعد تزوجها بزوج اخر
فبقي اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزاء ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك

وقال زفر يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فبقي اليمين ولنا
ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل
واذا كان الجزاء ما ذكرنا وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما
اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله تم

هو بانه الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة
اذ الظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه
فهو الجزاء لان اليمين للمنع والحمل وههنا تعقد للمنع فيكون الجزاء طلقات
هذا الملك واذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات
اليمين لما تقدم ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء وهو الكل
ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح
ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون
الحيض عارضا سماويا واجيب بان الاعتبار للغالب الشايع دون النادر وفيه
نظر لان السؤال لم يجر في صورة الحيض حتى يكون نادرا وانما هو آت في الوجدانيات
كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب ان يقال الشرط في مثل ذلك هو
اخبار عما عند ذلك والحمل والمنع فيه مقصود **وقوله** بخلاف ما اذا ابانها بطلقة
او بطلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج
اخر بثلاث طلقات عند ابي حنيفة وابي يوسف وهي مسئلة الهدم وطولب
بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر
ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها
وبين مسئلة الظهار فان هذه المرأة لو كان قال لها زوجها ان دخلت
الدار فانت علي كظهر امي فطلقها ثلثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر كان
مظاهرا منها ان دخلت الدار فاجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق
كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم يبق
اليمين وعن الثاني بان كلمة الظهار لا تعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة

قوله وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط
اقول فيه سوء الترتيب
شرح

قوله وفيه نظر اقول وفي نظره نظر فان عدم
الانحصار فيها لا تخرج امثالها عن حيز الندرة
البعضا اذ لا يجتنب امثالها في الاغلب فليتامل
شرح

ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا فان لبث ساعة لم يجب
عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة
وعن ابي يوسف انه اوجب المهر [redacted] في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه
الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال ثم
للاتحاد ... ولم يوجد ذلك بعد الطلقات
اي ظاهر الرواية

بالظاهر غير الحرمة بالطلاق فان ذلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير بخلاف
بوجود الزوج الثاني الان اي ان دخلت الدار بعد الطلقات الثلاث
اي لا بتغير مظاهر الا ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما في ذلك
الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار ثبت الظهار
وقوله ولو قال لامرأته ان جامعتك فانت طالق ثلاثا ط وقوله
في الفصل الاول يعني اذا لم يخرجه وقوله لوجود الجماع بالدوام عليه معناه ان حكم
الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي وقوله ولا
دوام له معناه ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال
ولا دوام له وقوله وجب العقر قال في ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا
وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابي العقر في شرح
الجامع الصغير وقوله لوجود المساس اشارة الى ان هذا له حكم دوام الجماع
فيكون البقاء كالابتداء الوجود عند ابي يوسف والما دوام المساس فهو موجود
بالاجماع وعن هذا قيل ينبغي ان يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود
المساس بشهوة **فصل في الاستثناء** الاستثناء هو التكلم
بالباقي بعد الثنيا والحقه بفصل التعليق لتآخيهما في كونهما بيان التغيير وقدم
التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه فقدم
على الاستثناء لقوة المناسبة ~~فعقبت~~ ولما كانت مسئلة ان شاء الله تعالى
تعليقا صورة ذكرها بعقب من التعليق في اول فصل الاستثناء لقوة الكتاب
من حيث الحل واحدهما يمنع اول الكلام او باعتبار ان الله تعالى سمي ذلك
استثناء قال تعالى ولا يستثنون واتفقوا في ان قوله ان شاء الله

بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر
الى المجلس والمقصد واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطي لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق
رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد لوجود المساس ولو نزع ثم اولج
صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع **فصل**

فصل في الاستثناء واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع لقوله عم
من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا
الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا بمنزلة
سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول
بعد ذكر الحمل

بعد ذكر الحمل للابطال او للتعليق فذهب ابو يوسف الى الاول ومحمد الى الثاني
وان هذا اثر الفرق في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال ان
الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف
هنالك ان شاء الله تعالى واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا
لم يقع الطلاق لقوله عم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا
لا حنث عليه ولانه اي بصورة الشرط اي بحرف الشرط جريا دون حقيقته
لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشية الله تعالى ليست
كذلك لثبوتها قطعا او انتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا
من هذا الوجه يعني من حيث الصورة والتعليق اعدام اي اعدام العلة
قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا اصلا فيكون اعداما من الاصل
فكان ابطالا لاصل الكلام ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر
الشروط لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام
الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول وقوله فيكون
الاستثناء يبني على قول محمد او ذكر الشرط يبني على قول ابي يوسف وقوله
وكذا اذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني اذا ماتت بعد قوله
انت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان الكلام خرج بالاستثناء
من ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد
في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثناء
يصح الايجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي الموجب

قال وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون
ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء

وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل

دون المعطل يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت بان يموت قبل تمام قوله انت طالق بطل وان المبطل وهو الاستثناء اوانه ظ فلا يبطل لان مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموت فان المبطل ينافيه فيرفعه بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما يعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني اطلق امرأتي واستثني وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر المسائل اشارة الى ان استثناء القليل من الكثير سواء فلان للمواز فانه لا يجوز الاكثر وتوهم انه لم يتكلم به الوب والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء هو الصحيح احتراز من قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم وان يقال عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان او كثيرا او اكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل مثل ان يقول عشرة الا عشرة فانه لم يبق بعد الاستثناء شيء يصير متكلما به وصارفا للفظ اليه فيبقى كلامه الاول كما كان ويقع الثلث وقد طعن بعض اصحابنا ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يقع وليس كذلك لما انه ابطل استثناء الكل في الوصية مع ان الوصية تحتمل الرجوع وذكر المص بقوله ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بغير

ذلك اللفظ

اذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي رح لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت

ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق الا فلانة وفلانة وفلانة وفلانة لا يصح الاستثناء بل تطلق كلهن ولو قال كل نسائي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هذا استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيتبع فيه صحة اللفظ فلا يستثنى الجزء من الكل حتى لفظا فلذا في غير اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشرا الا ثمانيا لانه لا مزيد على الثلث شرعا وهو صحيح بلا خلاف **وقوله** وانما يصح اذا كان موصولا به ظ

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان الطلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا او تعليقا طلاقا وغيره شرع في بيان طلاق المريض متوقفا لبعض ما ذكر اذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه من بيان حكم ما يتصف به الاصل وهو الصحة واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وهذا يسمى طلاق الفار والاصل فيه ان من ابان امرأته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم مات فيها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي رح قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان يورثها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها بائنا في مرض فيصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضا لانه اذا كان برضاها لا ترثه وبمن ترثه لانها ان كانت كتابية او امة لا ترث وبالموت

ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به

في العدة لانها ان ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافا لمالك وحكم الوارث كما يثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فانه يرثها قال الشافعي لا ترث في الوجهين يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لان سبب ارثها منه الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها منه في مرض موته والزوج قصد ابطال هذا السبب بالطلاق وهو ابطال فيرد عليه قصده بتأخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها فان قيل ان كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعدها اجاب بقوله وقد امكن يعني انما يصح تورثها منه اذا امكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح باقيا وقد امكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها منه دفعا للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح اصلا وقوله والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت ومعناه ان الزوج اذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم يتعلق حقه بمالها واما لانه رضي بحرمانه من الارث حيث اقدم على الطلاق واما لانه لم يبق النكاح باي وجه من الوجوه وقوله فيبطل في حقه قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي

وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز اقراره ووصيته

وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه فلا وجه لقوله لا غير فانه لا وجه له وقوله فان طلقها بامرها ظ قيل سؤالها الطلاق لا يربو على قولها اسقطت ميراثي من فلان وثمة لا يسقط واجيب بان الميراث لا يحتمل السقوط قصدا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفع فاذا لم ترض برفعها صيغة كان قائما في حقها فكلما واذا رضيت حكما بان تعاطيه فيسقط الارث ضمنا له وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وكذلك اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضى بالفرقة وفي الخلع قد التزمت المال ليحصل الفرقة لها وهو ادل على الرضى بها وقوله وان قال لها في مرضه في هذه المسألة والتي بعدها يجب الاقل عند ابي حنيفة ويجب ما اقر واوصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول ابي حنيفة قال زفر الميراث لما بطل بسؤالها او تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية واذا زال المانع عمل المقتضي عمله ووجه قولهما في المسألة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية فانعدمت التهمة ويوضح ذلك بقوله الا يرى وقوله وهي سبب التهمة اي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيب كما كانت حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة ولهذا ادير اي الحكم المذكور على النكاح والقرابة حيث لا يجوز وصية ولا اقرار لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض

وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسألة الاولى وهو انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه حتى انعدمت التهمة الا يرى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسألة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا ادير على النكاح والقرابة ولا عدة في المسألة الاولى

عدم صحة الاقرار والوصية

قد يتواضعان

ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المريض قد يختار الطلاق ليفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش

فربته بدون الميراث اليه على غيرها ولكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو المصالح والمؤانسة فاقامه الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من اسباب التهمة والمعتدة في المسئلة الاولى لنفاذ فيها على انفصالها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فيهما سيان ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المريض قد يختار الطلاق ليفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه وقوله ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما الا ترى انه يقبل شهادته لها وهو واضح قال ومن كان محصورا او في صف القتال بهذا البيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل ما يغلب فيه الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا وكان ما في معناه سواء وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا ان يكون صاحب فراش وفسر بان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما الاصحاء وكلامه واضح وقوله وعلى هذا اخوات تخرج على هذا منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد فغلبة

وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم ما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار [redacted] فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة فلا يثبت به حكم الفرار لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة ولا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بينهما اذا مات بذلك السبب او بسبب اخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل هداية

واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر هداية

فالغالب ان اخره الموت واذا صار بحال لا يزداد ولا يخاف منه فهو كالصحيح وقوله اذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل او مات من غير ذلك المرض الا انه لم يبرأ منه فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب اخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حيث لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح الكلام فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فانت طالق يعني طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله فكانت هذه الاشياء يعني وجدت فانه لا يحتاج الا الخبر وقوله يصير مطلقا عند الشرط حكما لا قصدا انظر المسئلتين احداهما انه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع فدل على انه ليس بمطلق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف ان لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان مطلقا قصدا لحنث وقوله والفعل ماله منه بد او لا بد له منه يصير فارا قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير

فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها تم

وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك وإن كان الفعل لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضاء مع الاضطرار وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض إن كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال أنه لا ميراث لها وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ترث

الفعل ظلما فلا أثر له أصلا باب الاضطرار في جانب الفاعل لا أثر له في وجوب الضمان عليه كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو إلى قتل الجمل الصائل فإنه يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة المحل تكفي لإيجاب الضمان **قوله** لأنها راضية بذلك يعني صارت كأنها طلبت بسؤالها لأن الرضى بالشرط رضى بالمشروط فإن قيل لا نسلم ذلك فإن أحد شريكي العبد إذا قال لصاحبه إن ضربته فهو حر فضربه عتق ولا يصير راضيا بالعتق حتى يضمن الضارب بضربه باختياره ما لم يجعل ذلك منه رضى أجيب بأن حكم الإرث ثبت على خلاف القياس استحسانا بإجماع الصحابة بشبهة العدوان فإنه روي عن عمر وعثمان وعلي وعبد الرحمن وغيرهم فيبطل حكمه بانتفاء شبهة الرضى ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضى المرأة فكفى ذلك لنفي حكم الإرث **قوله** أو في العقبى راجع إلى الصلاة الظهر وقيل أي خصها بالذكر وإن كان في جميع الكتب سواء لأنها أول صلاة فرضت على النبي عليه السلام فكان الظهر في النظر إلى الأول أسبق **قوله** فكذلك الجواب عند محمد أي لا ترث المرأة لأنه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد إلى الإضرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع فإنه ما في الباب أن ينعدم رضاها أو فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بدا فيكون صدر التعليق والصحة فكذلك ههنا لأن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فإن قيل في هذا مناقضة من جانب زفر لأنه قال فيما تقدم أن المعلق بالشرط كالمنجز فكان الإيقاع في المرض قلنا المعنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله أنه لم يوجد منه بعد ذلك صنع معتبر لأن الشرط لما كان فعلها صار صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فإن الشرط لم يكن

لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه

قال وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث إذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الأهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي بخلاف ما إذا طاوعت حال قيام النكاح لأنها أثبتت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا

فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار **قوله** لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة أي الجأها إلى فعل الذي لا بد لها منه بحمله لإسقاط حقها **قوله** ولو طلقها فارتدت أي لو طلقها ثلاثا أو بائنا فإنه إن لم يعتبر أثر الثلاث والبينونة في الارتداد يعتبر فيما ذكره بمقابلته من مسئلة المطاوعة فإنها إنما ترث في المطاوعة بعد البينونة وأما إذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة **قوله** لأن المحرمية لا تنافي الإرث يعني بل تنافي النكاح كما في الأم والأخت **قوله** وهو يعني الإرث هو الباقي **قوله** فتكون راضية ببطلان السبب أي بسبب الإرث وهو النكاح **قوله** وقال محمد لا ترث قيل لأن الطلاق إنما يقع بلعانها لأنها آخر المتلاعنين فيكون آخر المدارين فإن قيل الفرقة إنما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين أجيب بأن اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم إنما يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما أن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها إلا أنها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها وكان ملحقا بفعل لا بد لها وقد بينا الوجه فيه أي في الفعل الذي لا بد لها منه وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة **قوله** وإن آلى وهو صحيح **قوله** وقد ذكرنا وجهه يريد قوله قلنا إن التعليق السابق يصير تطليقا إلخ فإن قيل لا نسلم أن الإيلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت وإن كان التعليق في الصحة لأنه متمكن من إبطال الإيلاء

ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد لا ترث وإن كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وإن آلى وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث وإن كان الإيلاء في المرض ورثت لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه

قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي
فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه **باب**
الرجعة واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك
او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك
م

الايلاء بالتعلق فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشأ الايلاء في المرض
وهناك ترث فكذلك ههنا وكان نظيره من وكل وكيلا بالطلاق في صحته
فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه
انشاه فكذلك ههنا اجيب بان الزوج فيها نائب وهو انه لا يمكنه ابطال
الايلاء الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة **وقوله**
في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسؤالها او بغير سؤالها وسواء كان
التعليق بفعلها او بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بد او لم يكن
والله اعلم واحكم **باب الرجعة** لما كانت الرجعة
متاخرة عن الطلاق طبعا اخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة
بالفتح والكسر والفتح افصح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها
شرائط احدها تقديم صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكنايات كما تقدم
والثانية ان لا يكون بمقابلته مال والثالثة ان لا يستوفي الثلاثة من الطلاق
والرابعة ان تكون المرأة مدخولا بها والخامسة ان تكون العدة قائمة
ولا خلاف في مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع و
الفاظ الرجعة ان يقول راجعتك ان كانت في حضرته او راجعت امرأتي
ان كانت في الغيبة بشرط الاعلام او في الحضرة ايضا او يقول رددتك او
امسكتك او يقول انت عندي كما كنت او انت امرأتي ان نوى الرجعة
ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان يطاها او يقبلها
او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي

الا ترى انه يسمى امساكا وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة
ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطاها
او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا
بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطيها وعندنا هو استدامة على ما بيناه و
سنقرره ان شاء الله تعالى

والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به
خصوصا في الحرة بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب و
غيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها
فتطول العدة عليها

لا تقع الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح
لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يقع بالوطي ودواعيه فكان الوطي حراما
كما في ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا وهو اشارة
الى قوله الا ترى انه يسمى امساكا وهو الابقاء **وقوله** والفعل قد يقع دلالة
على الاستدامة جزء الدليل **وقوله** كما في اسقاط الخيار دليله وتقريره
الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط
الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم وطيها سقط الخيار
كما اذا اسقط بالقول بل هنا اولى لانه في البيع يحتاج الى دفع السبب
المزيل وهو البيع اما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما
لولاه لزال والدفع اسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل
قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى ان يعينه فقال والدلالة اي الدليل
فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح فيقع دلالة **وقوله** خصوصا
في الحرة لبيان ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح واما في الامة فيحل به وبملك
اليمين ايضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في
القابلة والطبيب والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة
والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج قد يساكنها في العدة
فلو كان النظر اليها رجعة يطلقها فتطول العدة عليها وفيه ضرر بها فلا يجوز
لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن
ضرارا لتعتدوا **قال** ويستحب ان يشهد على الرجعة اذا اراد الرجعة

قوله وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول ...

قوله اشارة الى ما ذكره في اول الباب
وهو قوله ولنا انها قائمة ضمن ملكه من اعتبارها
الى اخره **وقوله** ح ح ح ح ح

قوله والفعل قد يقع دليلا اول كلامه استنتاج
من الشكل الثاني مع تبديل المقدمتين في الكيف

حل ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رح في احد قوليه
لا تصح وهو قول مالك رح لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق
النصوص عن قيد الاشهاد فيه ولانه استدامة النكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء
كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه

يستحب ان يقول لاثنين اشهدا على اني قد راجعت امرأتي وان لم
يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك
وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على
الرجعة لنا قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن
بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص
في الرجعة عن قيد الاشهاد وهو قوله تعالى فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق
مرتان فامساك بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وقوله تعالى
فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله عم مر ابنك فليراجعها وقوله
ولانه اي الرجعة بمعنى الرجوع او على تأويل المذكور استدامة النكاح كما
تقدم والاستدامة انما هي حالة البقاء والشهادة ليست بشرط في النكاح
حال البقاء بالاتفاق فكانت كالفيء في الايلاء غير ان الشهادة فيه ليست
بشرط لكونه حالة البقاء الا انها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط كيلا
يجري التناكر فيها اي في الرجعة وما تلاه يعني قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل
محمول عليه اي على الاستحباب دفعا للتناكر ولان الامر للاستحباب دل على ما هو
الادنى كما في قوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث
قال او فارقوهن بمعروف واشهدوا وهو اي الاشهاد فيها اي في المفارقة مستحب
فكذا في الرجعة واعترض بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم
كما في قوله تعالى اقيموا الصلوة وآتوا الزكوة واجيب بان ذلك فيما اذا عطف
على احدى الجملتين الكاملتين فيجب حكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك

الا يرى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية م

واذا انقضت العدة فقال الزوج كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها
لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة
وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك
فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح لانها صادفت العدة
اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة

او الاخبار

قال المص اذا قال الزوج قد راجعتك الى قوله قال
الزيلعي وابن همام يستحلف المرأة بالاجماع على ان
عدتها كانت منقضية حال اخبارها انتهى فيه بحث
لان الرجعة تصح عندهما فعندهما يستحلف المرأة
وعنده ان المراد انها لا تحلف كما قال ابو حنيفة في عدم
صحة الرجعة ونظير ذلك في المزارعة فراجعها

قوله فكانت عاصية وزوجها
اي قولها قبل صرف الموصول بنى

بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما يتعلق بها جملة اخرى تتعلق بها
واحد بها تنقطع بقطعها ويعلقها بها من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم
استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه
لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها
لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني وكانت عاصية
وزوجها الذي اوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها
صحت الرجعة لانها استدامة للقائم فليست بانشاء نكاح الزوج للرجعة
منفردا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم
الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت
بغير سؤال وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت
العدة فقال كنت راجعتها في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته
فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال وكل من فعل كذلك فهو متهم
وذلك يقتضي ان لا تصح الرجعة وان صدقته الا ان بالتصديق ترتفع
التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسألة الاختلاف في الاشياء الستة
وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له
قد انقضت عدتي فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد سكت
فان كان الثاني صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم تصح عند ابي
حنيفة خلافا لهما فالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى ان تخبر
وقد سبقته الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة

ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت
حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب
احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره
بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه
المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رح وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر
بما هو خالص حقه للزوج فشابه
الاقرار عليها بالنكاح

ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي وقع
الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار
عن الانقضاء اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت به والاخبار
يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين واقرب احواله حال
قول الزوج فاذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة والا ان مسئلة
الطلاق على الوفاق بل على الخلاف وان كانت على الاتفاق فالطلاق يقع
باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به فاذا قال زوج الامة
بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه
المولى والامة او يكذباه او يصدقه المولى وتكذبه الامة او بالعكس
فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثاني لم تصح بالاتفاق
الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة فالقول قولها عند ابي
حنيفة وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة
معنى منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه
فلا ترد له وكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج امته من فلان
وهو اي ابو حنيفة يقول حكم الرجعة يبتني على بقاء العدة وانقضائها
وكل ما يبتني على ذلك يبتني على قول من يكون القول قوله في ذلك لكونه امينا
والقول في العدة قولها فحكم الرجعة يبتني على قولها ولم يذكر الجواب عن الا
قرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لا حق له في الرجعة لم يبق له
حق في منافع بضعها فلا يكون اقرارا بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار

(في الحاشية: قوله والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه اقول الظاهر سبق المخبر به والا فالمخبر عنه هو العدة وليس سابقة [illegible] ويجوز ان يقال قوله انقضت عدتي [illegible] يقال المراد سبق المخبر عنه منقضيا بالمخبر به)

وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على القلب
فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى
فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها
ولا يظهر ملكه مع العدة

وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك
اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل
وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة لان الحيض
لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع
خرجت من الحيض فانقضت العدة و
انقطعت الرجعة

فانه اقرار بذلك فكان المولى مقرا وان كان الرابع وهو عكس الثالث
فقوله ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى لان منافع البضع
خالص حقه والزوج يدعي عليه وهو ينكره وكذا عنده في الصحيح
لانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة
للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى
بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها اي عند الرجعة ولا يظهر
ملكه مع العدة وفي هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج
كما اشرنا اليه قوله وان قالت انقضت عدتي والضمير في به راجع
الى الانقضاء قال واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة
كلام واضح وقوله او يمضي عليها وقت صلاة يعني وقت
الصلاة يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلاة دينا في ذمتها
وهو من احكام الطاهرات وقوله واذا تيممت وصلت اطلق
الصلاة لتتناول المكتوبة وغيرها وقوله حتى يثبت به الاحكام ايضا
دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحة الصلاة وسجدة
التلاوة وقوله والاحكام الثابتة اقتضاء ضرورية اقتضائية يعني ان
ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم اما قراءة القرآن
فلانها ركن الصلاة واما المسجد فلانه محل الصلاة واما سجدة التلاوة
فهي من توابع القراءة فانه يجوز ان تقرأ في خلالها اية السجدة [illegible]
ان يقول الى [illegible] من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان [illegible]

وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام
الطاهرات بمضي وقت الصلاة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع
وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت
وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته

(في الحاشية: من جواز دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن الى غير ذلك)

وسهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا يتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق
حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل
تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة

انما تتحقق حال اداء الصلاة فلا يكون قبله طهارة فلا يتوقف انقطاع الرجعة
وقد تقرر في الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان
الواجب ان لا تنقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت
صلاة والجواب ان الضروري متى ثبت يثبت بجميع لوازمه ومن لوازم
ثبوت الطهارة عند اداء الصلوة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاع
الحيض الحدث ومن لوازم ... انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم
لازم فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن جعله التيمم طهارة ضرورية
ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق
هناك مستوفى واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه
الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من
عضو كالاصبع ونحوه انقطعت قال الشيخ وهذا استحسان
اعلم ان محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس في العضو فما فوقه او ما هو
دونه وروي انه عند ابي يوسف في العضو فما فوقه
فان القياس ان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم
الكل فكانها اصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العضو
باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه فالقياس ان تبقى الرجعة
لبقاء الحدث والاستحسان ان تنقطع لان ما دون العضو يتسارع
اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمصنف اشار
الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت

قوله والجواب ان الضروري اقول فيه بحث فانه لو صح ما ذكره لم يستقم قوله في المختلف الا انه ولا يحل لها كذا ... لا ينقض ... انقطاع الرجعة ... فليتأمل

واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة
وان كان اقل من عضو انقطعت قال وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة
لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان
وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه

فقلنا تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه
الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو
كامل وعنه وهو قول محمد بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء

قال المص بمنزلة ما دون العضو اقول يجوز ان يحمل على تقدير المضاف اي بمنزلة ترك ما دون العضو

قال المص لان في فرضيته اختلافا اقول اي فرضية غسله في غسل ... المضمضة والاستنشاق ... المضاف ... بمنزلة ما دون العضو اي غسل ما دون العضو وان ارجع ... والاستنشاق ... اي ترك المضمضة

الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف وبقوله والقياس فيما
دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وهو اشارة
الى قياس محمد وذكر وجه الاستحسان وهو الفرق بين العضو الكامل
وما دونه بقوله ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته
فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها ولو تيقنت
بعدم وصول الماء اليه بان منعت قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا
اشارة الى استحسان محمد وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع
اليه الجفاف فلم يكن مبلولا فعلم انه لم يصبه الماء ولعدم الغفلة عنه
عادة فلا تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان ابي يوسف
فانظر حذق المصنف في هذا الادراج اللطيف الذي قل ما وقع
مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا وعن ابي يوسف ان ترك
المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل والواو بمعنى او لان الحكم
في كل واحد منهما ذلك وهو رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي
عن محمد وعنه اي كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا
فان المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي
فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيره من الاعضاء فانه لا اختلاف
لاحد في فرضيته **قال** ومن طلق امرأته وهي حامل ومن طلق
وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها ثم اراد الرجعة
فله ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحبل في مدة يتصور

المحصلين صح

وهو رواية هشام عنه وذكر لان حكم الحيض باق لكونها فرضين في الجنابة

ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة
يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطئ منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه
جعل واطئا واذا ثبت الوطئ تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع

الاترى انه يثبت بهذا الوطى الاحصان فلان تثبت الرجعة اولى وتاويل مسئلة الولادة
ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده ينقضي العدة بالولادة فلا يتصور الرجعة
قال خلا بها واغلق الباب او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد
الملك بالوطى وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه
تم

ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك وفي ظاهره فائدة بتصور
ان يكون منه حبل منه لقوله يوم الولد لتواتر الحديث وذلك اي حبل
الحمل منه دبيل الوطى منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه حبل والحبل
لانه لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطى تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد
يعقب الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب الشارع فيه كيف
حر وجهين احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح
والصريح يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط حق سيتوجه
له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت
من يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا
واجيب عن الاول بان الدلالة من الشارع والتصريح من العبد ودلالة
الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه
لم يتعلق بهذا الاقرار حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد
الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع بخلاف
المستشهد به فان المانع ثمه موجود وهو تعلق حق الغير به وقوله
الا ترى توضيح لقوله والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة وبيان
الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا
الوطى فلان تثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى وقوله
وتاويل مسئلة الولادة ظ فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا على
رواية كتاب الطلاق بكلمة او وعلى رواية الجامع الصغير وارخى سترا

قوله والصريح يفوق الدلالة اقول الدلالة اذا تحققت عملها لا يعارضها الصريح خصوصا على ان يكون معرفه وما نحن فيه كذلك
تم

١٢٨

ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول قال راجعها فمعناه
بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي
لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فينزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار
الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطى قبله فيحرم الوطى والمسلم لا يفعل الحرام

بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطى
وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار مكذبا شرعا
لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله
ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل منه لا على القبض
ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطى
وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة
اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وتمكين المسلم اليه
ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب
بخلاف الفصل الاول لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب
قال راجعها بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها يعني وان كان لا يملكها ثم جاءت
بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة لان
النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة ولاحتمال المدة فان الولد
يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطيا قبل
الطلاق دون ما بعده لان فيما بعده يكون الوطى حراما لزوال الملك بنفس
الطلاق لا الى عدة لان الفرض عدم الوطى قبله لانه انكره بعد الخلوة والمسلم
لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق اذا ولدت
بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة قال فان قال لها
اذا ولدت فانت طالق ومن تعلق طلاق امراته بولادتها فولدت ثم ولدت
ولدا فاما ان يكون بين الولدين ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة

قوله وان كان لا يملكها ثم جاءت اي لا يملك الرجعة تم

فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد اخر فهي رجعة معناه من بطن اخر وهو ان يكون
بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول
ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير
مراجعا قس

وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث
لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق
بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت
العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق صح

وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ويقع الطلاق الثالث بولادة الثالث ووجبت العدة صح

الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت
العدة بالولد الثاني وما ثم دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا تثبت به الرجعة
وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لان الولادة الثانية
رجعة ووجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح **قوله** وان كان اكثر من سنتين
للتوصل اي لانه كان بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان
يكون الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين ان يكون اكثر من ذلك في ثبوت
الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطي بعد
الطلاق فكان رجعة وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكره في
الكتاب واضح **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها
بالولد الاول الخ **قوله** والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين التشوف
خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف
اي مجلو وهو ان تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها **قوله** اذ النكاح
قائم بينهما حتى يجري التوارث وكذلك جميع احكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي
طالق تدخل هذه المرأة المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان
النكاح قائما لجاز ان يسافر بها كما في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره اجيب
بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فانه نزل في طلاق الرجعي
بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها
اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا
على الرجعة اجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان

والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين
حامل له عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه
اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول
العدة عليها صح

وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رح له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا
ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت
العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج
الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب
على ما قدمناه صح

قوله ولان تراخي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل
الرجعة وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج ولا حاجة له اليها
فلا تراخي اما ان التراخي لذلك فقد علم مما تقدم واما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم
يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة اليها وفيه نظر لان الكلام يدل على ان
المسافرة لا تجوز اذا انقضت العدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة
فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه واجيب بانه انما يرد ان لو
كان المراد بالمدة العدة واما اذا اريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر
لان عمل المبطل اخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل
الصواب ان عدم جواز المسافرة ثبت بالنص وعمل المبطل واذا
ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب
الاقراء من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب
الاقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق
فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم
يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق
كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حيث لم ترد الرجعة فكما انه
لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية
الا ان يشهد على رجعتها فيبطل العدة ويتقرر ملك الزوج **قوله** على ما قدمناه
يعني في اوائل الباب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين فان
لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي يحرمه
الشافعي رح

والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك الزوج مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

لان حل الوطء بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت اجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها وهذا القدر كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوته نظرا له يوجب استبداده به اي بالرجعة بتاويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه ربما لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان يكون الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد به والاستدامة لا ينحقق الا في القائم فكانت الزوجية قائمة وقوله والقاطع جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم يعني قوله يثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تأخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له مدة الخيار

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق وهو كونها ادمية ليست من المحرمات لان زواله معلق بالطلقة الثالثة بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد على ما نذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله وثبوت الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدم الاصل اذ العلة لم تتم بعلته بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا التعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل اجاب بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالاية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وبعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والمطلقة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة واجيب بان ذلك بيان الحكمة وحكمة الشرع تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور واقول كما ذكرت اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثمة مانع اخر وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد بقوله فان طلقها الطلقة الثالثة عند اكثر اهل التأويل والثنتان في الامة كالثلاث في الحرة لان الرق منصف لحل المحلية بكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزى فتكملت على ما عرف

وان كان الطلاق ثلثا في الحرة وثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا ثم

ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص
وهو ان تحمل النكاح على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج
او تزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عم لا تحل للاول حتى يذوق عسيلة الآخر يروى بروايات
والاختلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رض وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ والشرط الايلاج
دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح
صحيح وهو الشرط بالنص ومالك
يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه ثم

وانما يجب ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث
لم يتقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول
والزوجية المطلقة اي الكاملة انما تثبت بنكاح صحيح وانما شرط الدخول
اما باشارة الكتاب على ما ذكره المص وهو طريقة بعض المشايخ وهو ان تحمل النكاح
في قوله حتى تنكح على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد
استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو حمل النكاح على العقد
كان ذلك تاكيدا والتاسيس اولى من التاكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث
رفاعة بن وهب القرظي طلق امرأته في عهد رسول الله عم وهي تميمة و
قيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير
القرظي ثم طلقها فاتت النبي عم وقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت
طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن ابن الزبير القرظي وانما معه مثل الهدبة
فقال رسول الله عم لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي
عسيلته ويذوق عسيلتك وقد روي بروايات مختلفة في بعضها
بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو
المذكور في كتب الاصول وهو حديث مشهور تجوز الزيادة على الكتاب
ونسخ الاطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثم
لا اختلاف لاحد فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد ابن المسيب
فقيل هو قول بشر المريسي لا سعيد وقوله غير معتبر لانه مخالف للحديث
المشهور ولهذا الى القاضي الذي قضى به اي بقول سعيد ابن المسيب

١٣١

وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها
للزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته وتشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين
وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا
قال ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح
مكروه
ثم

لا يستفيد والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة فيه
اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل
على عدمه لانه ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة حلاوة
الجماع وهي تحصل بالايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو اي
محتج من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة التحليل والحجة
عليه ما بيناه ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه
وقوله فسره اي المراهق في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الى وهو
ظ قال ووطي المولى امته لا يحلها اذا طلق الحرة ثنتين وهي
امة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية
الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان
عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد ابن ثابت فرخص في ذلك عثمان
وزيد وقالا هو زوج فقام علي متغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج
ولو تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك او قالت
المرأة ذلك فالنكاح مكروه لقوله عم لعن الله المحلل والمحلل له قال
محمد اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن
وقيل معنى قوله هو محمله اي محمل الحديث لا فساده فان طلقها
يعني الذي شرط التحليل بعدما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح
صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح
لانه في معنى المؤقت كانه قال تزوجتك الى وقت كذا ولا يحلها على الزوج

لقوله عم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها بعدما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح
اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح لانه في معنى المؤقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده
وعن محمد رح انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها للاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل
المورث

وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت زوجا آخر ثم عادت
إلى الأول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلث كما يهدم الثلث وهذا
عند أبي حنيفة وقال محمد لا يهدم ما دون الثلث لأنه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا
ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو
المثبت للحل

الأول لفساده قال من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن محمد أنه يصح
النكاح لما بينا أن النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره
الشرع لأن النكاح معقد العمر فيقتضي الحل للأول بعد موت الثاني فيشترط
التحليل يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر في
روضة الزندويستي أن أبا حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا
لم يطلقها الثاني بعد وطئه إياها يجبره القاضي على ذلك وتحل للزوج الأول
إذا طلقها الثاني مرة أو بأمر القاضي إياه قال الإمام ظهير الدين هذا البيان
لم يوجد في غيره من الكتب وإذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين
وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت
بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلاث يعني أنه
يجعل ذلك الثاني من أملاك الأول كأن لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة إلا إذا
طلقها ثلاثا مجتمعا أو فرادى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو مذهب ابن مسعود
وابن عباس وابن عمر وقال محمد وزفر والشافعي رح لا يهدم ويبقى الزوج
مالكا لما بقي من الأول وتحرم الحرمة الغليظة إذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي
وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة فأخذ الشبان بقول
المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل
محمد بأن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد
حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها لأن الغاية
تنتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا إنهاء للحرمة قبل ثبوتها

وإذا طلقها ثلثا فقالت انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت
عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج الأول أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة
لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر إذا كانت المدة
محتملة

ولسبق ثبوته قبل وقوع الثلاث ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له
ووجه الاستدلال أن أهل الحديث أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني
فكان المراد بالمحلل الزوج الثاني وسماه محللا وهو المثبت للحل ثم الحل الذي
يثبته إما أن يكون هو الحل السابق أو حلا جديدا لا سبيل إلى الأول لامتناع
تحصيل الحاصل فتعين الثاني وبالضرورة يكون غير الأول والأول ناقص
فكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلاث فإن قيل سلمنا
أن المحلل هو المثبت للحل وأن يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي أن يكون
ذلك في المطلقة ثلثا لأمرين أحدهما ما ذكرنا أن النص أن المحلل هو بشرط
التحليل وذلك لا يكون إلا في المطلقة ثلثا والثاني أن الحل قبل ذلك ثابت
فيصرف إلى ما ليس فيه ثابت تحللا بالحقيقة فالجواب أنا قد ذكرنا
لقوله وهو محمله معنيان أحدهما ما ذكرت وليس بمرضي والثاني أن محمله
الكراهية لا الفساد وحينئذ يندفع الأمر الأول وأن الحل وإن كان قبل ذلك
ثابتا لكن إطلاق المحلل يقتضي أن يكون الزوج الثاني على الإطلاق محللا فقصره
إلى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه
فكان المطلقة ثلثا وغيرها سواء وبه يندفع الأمر الثاني وإذا طلقها ثلاثا
فقالت قد انقضت عدتي على ما ذكره في الكتاب ظ وقوله واختلفوا
في أدنى هذه المدة قال أبو حنيفة رح لا تصدق في أقل من ستين يوما وقال أبو
يوسف ومحمد رح تصدق في تسعة وثلاثين يوما وتخريج قولهما أنه يجعل كأنه
طلقها في آخر جزء من أجزاء الطهر وحيضها أقل الحيض ثلاثة وطهرها أقل الطهر

واختلفوا فيه اذا صدقت المرأة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى

في الطلاق الي العدة (٢٢)

خمسة عشر يوما فالثلاثة اذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهر ان
ثلاثون يوما فلذلك صدقت في تسعة وثلثين يوما لانها امينة اخبرت بما
هو محتمل فوجب قبول قولها وانما اخذ في قول ابي حنيفة فيجعل كانه طلقها في اول
الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما
لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله وحيضها خمسة عشر ~~واربعين ثلاث~~
حيض خمسة عشر فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد واما على رواية الحسن عنه
فيجعل كانه طلقها في اخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب في ايقاع
الطلاق وفي اخر الطهر اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة
لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة نظرا لها نقدر حيضها باكثر المدة نظرا للزوج
وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون وطهران كل طهر خمسة عشر ستون
يوما **وقوله** وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه
الحوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيرها وردّ من حيث
اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة فكان ينبغي ان
يقول وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم يفعل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز
ان يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب اخر والقول الاول غلط والثاني خلاف
الظاهر والله اعلم **باب الايلاء** قال في النهاية
ذكر في الاسرار في اول كتاب الطلاق ان التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم
ملك النكاح اربعة انواع الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال
فبدانا بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج في وقته ثم اذا درجة منه

في الاباحة الايلاء

باب الايلاء اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة
اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان وطئها في الاربعة الاشهر
حنث في يمينه ولزمته الكفارة لانه فعل ما حلف على تركه فيعاد يمينه فيحنث والكفارة موجب الحنث
وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث

في الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع ولكنه فيه معنى الظلم
على ما يجيء فكان ادنى منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال
آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان
المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق
الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في ان الابانة فيهما موقوفة
الى وقت تكون من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه
لا يستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير مستعقب
نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه ان يكون محلا
من اهل الطلاق عند ابي حنيفة ومن اهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحة
في مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول والله لا اقربك اربعة
اشهر ونحوه او يقول ان قربتك فعبدي حر وامثاله وحكمه لزوم الكفارة
بالبر ان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت
مدة الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبر فيه شيء وعن هذا اقبل
الحق به من لا يخلو عن احد الحكمين وجه فاذا قال الرجل لامرأته والله
لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين
يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الاية فان وطئها في الاربعة الاشهر
حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وقال الشافعي
لا يلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة
والمغفور له لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة في الاخرة وذلك لا ينافي
وجوب الكفارة في الدنيا وسقط الايلاء على معنى انه لو مضت اربعة اشهر

قوله واذا قال الرجل لامرأته اقول الا الغير الحائضة قوله او قال والله اقول يعني لامرأته سواء كانت حائضة او طاهرة

وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة لا بتطليقة وقال الشافعي رح تبين
بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه
ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة
الثلثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم

وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة م

لا يقع الطلاق لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر
بانت منه بتطليقة لان موجب الايلاء عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم
احانثه فانت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي
المدة ولكنه توقف بعد المدة على ان يفيء اليها او يفارقها فان ابى
ان يفعل فالتسريح بان يفرق القاضي بينهما وكان التفريق تطليقة
بائنة لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب
والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها وهو الوطء في المدة فجازاه الشرع
بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا
يحصل التخليص بالرجعي فوقع بائنا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة
الثلاثة وزيد بن ثابت وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله
ابن عباس وعبد الله بن عمر رض وعند المحدثين هم اربعة ابن عمر وابن
عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود واعترض
بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها
فقد سقط حقها واجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء
واما في الديانة فلم يسقط فكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنعه
حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس
بظالم عنده بعد الدخول مرة ونحن كذلك ولان الايلاء كان طلاقا
في الجاهلية على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء ابدا فحكم الشرع
بتأجيله الى انقضاء المدة فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على
تطليقة او تفريق القاضي **وقوله** فان كان حلف يعني اذ مضت

١٣٤

فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان حلف على الابد
فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد
منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر
اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم بمنع حقها فيعتبر ابتداء
هذا الايلاء

اربعة اشهر ولم يقربها فلا يخلو اما ان كان حلف على اربعة اشهر او على الابد
فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان
الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه
لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم
يوجد منه منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا
اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه ابو سهل الشرعي يقول يتكرر الطلاق
بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء
في حق الطلاق بمنزلة شرط يتكرر كانه قال كلما مضت اربعة اشهر
ولم اقربك فيها فانت طالق بائن الا ترى انه لو لم يفئ لها حتى بانت
ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فدل انه بمنزلة شرط متكرر والاصح
قول العامة لما ذكر في الكتاب فان عاد فتزوجها بعد البينونة بمضي اربعة
اشهر بعد انقضاء عدتها عاد الايلاء فان وطئها في المدة والا وقعت
تطليقة اخرى بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج
حدث حقها فيتحقق الظلم فيزال بالطلاق البائن **وقوله** ويعتبر
ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشي فان تزوجها
ثالثا وفي بعض النسخ ثالث ولكل وجه اما الاول فبالنظر الى التزوج بعد
الايلاء واما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء والاول اظهر عاد الايلاء
ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا
ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزويج يثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت
بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا

م

فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز
الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث
وان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رض لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر
ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه

بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق وان وطئها كفر عن يمينه اما عدم
وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق
بعدم القربان وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه
التعليق وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية فانه يبطل التعليق
عندنا خلافا لزفر وقد مر قبل اي في باب الايمان في الطلاق قال في
المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء
عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما ينعقد على التطليقات
المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها وكذلك لو كانت
بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليا الا عند زفر
واما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لاطلاقها ووجود الحنث
قال فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا قال
حلف على اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا في عهد
وضع المبسوط او قال لا اقربك شهرين او ثلاثة اشهر لم يكن موليا
وقال ابن ابي ليلى هو مول ان ترك وطئها اربعة اشهر بانت بتطليقة
وهكذا كان يقول ابو حنيفة اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس لا ايلاء
فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس مخالف
لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة
اشهر اطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته
ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص اربعة اشهر فالتقييد بمدة
يكون زيادة على النص وهي لا تجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع

ابو حنيفة

ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار
كالجمع بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان
الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة الا يوما مكث فيه فلم
تتكامل مدة المنع

ابو حنيفة رح عن قوله فالجواب ان فتوى ابن عباس رض وقع في المقدرات
والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان كالمنقول ولم يرو عن احد خلافه
فيجعل تفسيرا للنص كالمسموع منه والله اعلم للذين يؤلون من نسائهم
اربعة اشهر تربص اربعة اشهر ترك الاول بدلالة الثاني وكان من باب
الاكتفاء وقوله ولان الامتناع عن قربانها دليل معقول على ما في المبسوط
كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقريره الامتناع عن قربانها اي عن قربان من
آلى منها زوجها شهرا في اكثر المدة وهو ثلاثة اشهر حاصل بلا مانع
لانه ليس فيه يمين وبمثله اي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت
الطلاق بمضي اربعة اشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لا يقربها اربعة
اشهر او اكثر بلا يمين فانه بمضي اربعة اشهر لا يقع شيء والضمير في قبله
قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله وبمثله ويجوز
ان يكون راجعا الى اكثر المدة ولو قال الكل ولان الامتناع عن قربانها
في بعض المدة بدل في اكثر المدة كان اشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره
ولو قال لها والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين
فهو مولي لانه جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع بلفظ الجمع
كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا واحدة حيث لم يعد
المدة الثانية بنفي باعادة اليمين فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة ولو
مكث يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين
لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ والاصل في ذلك انه اذا لم يعد

ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رح هو يصرف الاستثناء الى اخرها
اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان اليوم منه لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء
يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر

اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ولم يكن بينهما سابقة دخل
حكم المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الاولى واما اذا اعاد احد
الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله تعالى وحرف النفي فقد
صار يمينا بعد اليمين الاولى باشهر وبعد الثانية مضافا الى الاجل بقوله
بعد الشهرين الاولين اربعة الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع فلا
يكون موليا ويكون كلاما مبتدأ مستقلا يلزمه بالقربان كفارتان
ولو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين الا يصير موليا لانه لما اعاد حرف
النفي صار ايجابا اخر وصار الطلاق وتداخلا كما لو قال والله لا اكلم فلانا
يوما ولا يومين ان اليمين ينعقد بيومين لانه اعاد كلمة النفي فصار
الثاني مقصودا كالاول فتداخل وقتهما بعد الانعقاد لان الوقت الواحد
يصلح ظرفا لايمان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل
هذه الدار شهرا ولا اكل هذا الطعام شهرا انقضى شهر واحد تنتهي الايمان كلها
فكذلك ههنا اذا مضى شهران الاولان فقد مضت مدة كل واحد من اليمينين فتمكنه
قربان امرأته في هذا الايلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير موليا بخلاف المسئلة
الاولى فانه لما لم يعد في مدة الثانية يبقى يمينا واحدة فكان الكل مدة واحدة
فكان موليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا
لزفر هو يقول يصرف الاستثناء الى اخرها كما لو قال اجرت داري هذه سنة
الا يوما فتمت مدة المنع ولنا ان اليوم منه لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا
بشيء يلزمه وهذا البحث يصلح ان يكون فيه لانه يمكنه القربان اذ المستثنى

بخلاف الاجارة لان الصرف الى الاخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها
في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله
لا ادخل الكوفة وامرأته فيها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة

يوم منكر فاي يوم يقربها يعد يمينه الاولى ويمكنه ان يجعل اليوم المستثنى
فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه الى اخر السنة لانه يقتضي حمل
تعيين الكلام من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين
بخلاف الاجارة فان الحاجة ثمة الى الصرف الى اخر السنة لتصحيحه
اي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة ولو قربها يوما
والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو
بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان
من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا يشكل بمن له اربع نسوة وقال
والله لا اقربكن فانه يصير موليا منهن في الحكم حتى لو بانت جميعا اربعة اشهر
عندنا خلافا لزفر مع ان له ان يطأ كل واحدة منهن
~~لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على اربع نسوة يبقى القربان~~
~~موليا في الحال في حق كل واحدة منهن على ان امكان القربان من غير~~
شيء يلزمه لما ان الحنث لا يتعلق باجزاء المحلوف قبل ان ياتي بالكل كما
لو حلف لا يدخل هذه الدور الاربعة له ان يدخل كل واحدة منها من
غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على اربع نسوة تبقى
القربان موليا في الحال في حق كل واحدة منهن على ان امكان القربان
من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الايلاء لانه انما صار موليا مع امكان القربان
على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقهن
في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا انه لا يلزمه

الى اربع اشهر على الثلاث من غير شيء يلزمه

قوله لانه اذا صار موليا اقول تعليل لقوله ولا يشكل بمن له اربع نسوة

قال ولو حلف بحج او صوم او صدقة او عتق او طلاق فهو مول لانه يتحقق المنع باليمين وهو ذكر
الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق
بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه
شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها
طلاقها او طلاق صاحبتها
وكل ذلك مانع تم

الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم
شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الاخرى فقط
بل بقربانهن جميعا واما وقوع الطلاق في الايلاء فباعتبار البر وذلك
يتحقق في كل واحدة فلهذا بين بمضي المدة كذا في النهاية **قال** متن تح
ولو حلف بصوم او بحج لما فرغ من اليمين بالله تعالى في الايلاء شرع في بيان
اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بان يعلق قربانها بحج او صوم او صدقة
او طلاق او عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وهو
كلام واضح **وقوله** البيع موهوم يعني لان الاصل عدم ما يحدث فلا يمنع
المانعية فيه اي في الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار
بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء فان اشتراه يلزمه الايلاء من وقت
الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها
بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت لوجود شرط
الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه
يمكنه من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء **وقوله** وان آلى من
المطلقة الرجعية ظ واعترض بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع
والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا
لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها
بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب عليه جزاء الظلم
الذي هو الايلاء واجاب العلامة شمس الائمة الكردري بان الحكم

قوله لان الاصل عدم اقول فيه بحث اذ الاخراج من الكوفة ايضا كذلك تأمل

وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة
في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من يكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل
انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية تم

ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا
لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق
الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه المدة ضربت اجلا
للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة تم

في المنصوص مضاف الى النص لان الفيء والمطلقة الرجعية من نسائنا
بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج وكانت
المرأة من نسائه وكان الحكم المرتب على نساء الازواج بقوله تعالى للذين
يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية ولو قال لاجنبية والله
لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا
لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية اذ المحل نساؤنا
بالنص وكان كبيع الميتة فيكون باطلا فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان
قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الحنث لان
اليمين تنعقد بصورة الفعل المحلوف عليه حسا وان لم ينعقد حكما وحرمة
الا ترى انه لو قال والله لا اشرب الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب
حنث وان كان الفعل حراما محضا ومدة ايلاء الامة شهران وقال الشافعي
مدة الايلاء كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق
في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا
للبينونة فتتنصف كمدة العدة **وقوله** وان كان المولي مريضا هذه
المسئلة على ثلاثة اوجه احدها انه آلى وهو صحيح وبقي بعد الايلاء صحيحا
مقدار ما يستطيع فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك ففيئه بالجماع
عنده باطلا بالفيء لان المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده [illegible]
الايلاء في اول الوقت وهو صحيح حتى [illegible] جاز له التيمم وفيما لم يمكن
من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه

وحاشية لانشغالها في كتابتها

وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع مثلها او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان تم

الا بالجماع صح في الجماع والنافي انه الى وهو مريض وتم اربعة اشهر وهو مريض وفيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عنه وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الوقفة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الاخر ولنا انه اذاها بذكر المنع لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لاحق لها فيه ح وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه ان يجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل اذا كان المولى مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الائمة الكردري و قد ذكره شمس الائمة السرخسي في اول كتاب البيوع والثالث انه الى وهو مريض و قدر على الجماع في المدة ففيئه بالجماع سواء كان فاء اليها في مرضه باللسان او لم يفئ اما اذا لم يفئ فظ وكذلك اذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المولى اذا كان مريضا حال الايلاء لا نم ان الاصل في فيئه الجماع لما ذكرنا آنفا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول

قوله اذ لا حق لها فيه اقول لسقوط بعذر وهو عدم قدرة الرجل وعدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء منه

قوله لا نم ان الاصل اقول يمكن ان يستدل على كون المفيء عنه بقوله تع فان فاؤا فان الله غفور رحيم فان وعد المغفرة انما يكون اذا حنث وذلك بالجماع فانهم اتفقوا على ان وعد المغفرة على الفيء لا الايلاء كما سبق منه

واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه الجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف تم

واذا قال لامرأته انت على حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد تم

وقد يقصر فعلم تقدم ان يفر عن مدة الايلاء و يقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين ان قصده في الابتداء لم يكن الا منع الحق بالجماع والاصل في الفيء ح الجماع ولكن في اطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلام فقائل واذا قال لامرأته انت على حرام سئل عن نيته لانه يحتمل وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض الا بالارادة فان قال اردت الكذب فهو كما قال لا يقع طلاق ولا يكون ايلاء ولا ظهارا لانه نوى حقيقة كلامه لان المرأة كانت حلالا له فقوله انت على حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وهو نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلام وجب ان لا ينصرف الى غيره ولا ينصرف الى غيره الا بنية اونية لان الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك وقيل لا يصدق في القضاء ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه يمين ظاهر لكونه تحريم الحلال كما نذكره ولو قال اردت الطلاق فان لم ينو شيئا من العدد او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة بائنة وان نوى الثلاث فثلاث لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها وان قال اردت الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار ونقله شمس الائمة السرخسي عن النوادر لمحمد ان الظهار هو تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة وهي تحتمل انواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم

(الظهار)

وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال
انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظ التحريم
الى الطلاق من غير نية بحكم العرف **باب الخلع** اذا تشاق الزوجان

فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا لقوله تعالى يا ايها النبي لم
تحرم ما احل الله لك تبتغي مرضات ازواجك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة
ايمانكم واما اذا قال لم ارد شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين اذ من الحرمات
لان في الايلاء الوطي حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة
في الايلاء تثبت في الحال ما لم تنقض اربعة اشهر وفي الظهار تثبت في الحال
واذا اريد به الطلاق وقع بائنا وتحرم الوطي والايلاء لا يحرم الوطي فلما كانت
حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجي الكلام فيه في الايمان
ان شاء الله تعالى ومن مشايخنا من يصرف التحريم الى الطلاق بدون النية قال
ابو بكر الاسكاف وابو جعفر الهندواني وابو بكر ابن سعيد قال الفقيه
ابو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا
انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله تعالى اعلم **باب**

الخلع اخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء تجرده عن المال
كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب
المرأة والثاني ان مبنى الايلاء النشوز من قبل الزوج والخلع النشوز من قبل
المرأة غالبا فيقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم
خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو في الشريعة عبارة
عن اخذ مال من المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق
وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على
قول ابي حنيفة ويمين من جانب الزوج عندهما على ما سيأتي بيان ثمرة الخلاف
اذا تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي جانب

اذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى
فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عم الخلع تطليقة
بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية
هنا ولانها لم تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان
يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم
استبدال زوج مكان زوج الى ان
قال فلا تأخذوا منه شيئا

وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بان
تفتدي المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به
اي فلا جناح على الرجل فيما اخذ ولا على المرأة فيما اعطت سمى الله تعالى ما اعطته
فداء من الفداء من الاسر اذا استنقذ لان النساء عوان عند الازواج
بالحديث فكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداء فاذا فعلا ذلك وقع
طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلعم الخلع تطليقة بائنة روي ذلك عن
عمر وعلي وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلعم ولانه يحتمل
الطلاق حتى صار من الكنايات فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض
ونوى به الطلاق وقع والواقع بالكناية بائن فان قيل لو صار من
الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط اجاب بقوله الا ان ذكر المال
اغنى عن النية هنا وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع من اللباس
او من الخيرات او من النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح
فلا يحتاج الى النية ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة
وقوله وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المرأة على زوجها فهي
ناشزة اذا استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج النشوز يكون من
الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى
وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا
منه شيئا اتأخذونه بهتانا واثما مبينا فانه قبل النهي ورد في فعل
حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو مناكد بتوكيد اي

ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له
ان ياخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه
بدءا ووجه الاخرى قوله عم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان
النشوز منها ولو اخذ الزيادة
جاز في القضاء وكذلك اذا
اخذ والنشوز منه لان
مقتضى ما تلوناه شيئان
الجواز حكما والاباحة

قوله اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض
واخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف افاد الجواز مع الكراهة واجيب
بان النهي وان ورد في فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش
فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله عم لا تتخذوا الدواب كراسي في
الاسواق اشار بدليله الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال فلا
يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ
منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه
بدءا اي اولا يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين
الفضل وغيره ووجه الرواية الاخرى اي رواية القدوري وهي رواية
كتاب الطلاق في الاصل قوله عم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس
اما الزيادة فلا وقصتها ما روي ان جميلة بنت سلول كانت تحت
ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلعم فقالت لا اعيب على ثابت
في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال
اتردين اليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال عم اما الزيادة فلا
وقد كان النشوز منها تمام الحديث وكان قوله اما الزيادة فلا
نفي اباحة الفضل على ما ذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها ولو
اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه
لان مقتضى ما تلوناه من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به
شيئان الجواز حكما اي جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة

وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وان طلقها على مال

اي اباحة اخذ الزيادة في الفضل هكذا فسر الشارحون كلام المص وفرقوا
بين العبارتين فان كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة
والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز يثبت ضده وهو الحرمة فينتفي
الاباحة ايضا واذا انتفى الاباحة يثبت ضده وهو الكراهة ولا
ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة وقد ترك يعني ما تلوناه
في حق الاباحة لمعارض وهو قوله عم اما الزيادة فلا لكونه نهيا
لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم ذلك وهو لا يعدم المشروعية
فبقي معمولا في الباقي وهو الجواز وفيه بحث من وجهين احدهما ان النهي
انما ورد في الحديث بعد الرد وكلامنا في كراهة الاخذ فليس الحديث
متصلا بمحل النزاع والثاني الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب
والجواب عن الاول ان الرد اذا كان بخبر صاح وهي ناشزة دل على ان
الاخذ منه وهو ناشز اولى ان لا يكون صالحا وكان متصلا بمحل
النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا اخذ
وهو ناشز قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله
فلا تاخذوا منه شيئا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا تعارض
الكتاب بالكتاب جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا
للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة وان طلقها
على مال مثل ان قال انت طالق بالف درهم او على الف درهم
فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان هذا تصرف معاوضة

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرءة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة م

يعتمد اهلية الملتزم وصلاحية المحل والكل حاصل اما اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لا محالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم متعلق فيها بالقبول واما اهلية المرءة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من اهله كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولانها معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة **قال** وان بطل العوض في الخلع اذا خلع المسلم امرأته على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي اما الاشتراك في وقوع الطلاق فلانه علقه بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم يكن من الالفاظ الثلثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه لالزام المسمى لامتناع المسلم تسليمه وتسلمه ولا لالزام غيره لعدم

قال فان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلمة على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام

متن

بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه واما الاسقاط فنفسه شريف فلا حاجة الى ايجاب المال م

الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة وعندهما يجب مثل ذلك خل وسط وهذا والصداق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل بالفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبدا على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وان اداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه يلزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة اما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما نذكر بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شيء وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع وانما عتق المكاتب اذا ادى الخمر المسمى لان في الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط فلا يرد في قوله على خمر يتوجه الى انه لو كاتب على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو ادى لم يعتق ولا يجب القيمة **وقوله** وبخلاف النكاح للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها ولم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بالعوض

لان البضع في حالة الدخول متقوم ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال والعكس ما ذكره وهو واضح قال وما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع كل ما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لان ما يصلح ان يكون عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في بطونها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان ابو حنيفة ان يصير مالا بالانفصال لكنه بالبطن الا ان ذلك يكون في معنى الاضافة او التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والاضافة فكذلك العوض الاخر فلم تصح تسمية ما في البطن باعتبار المال واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطنها شيء فلا شيء له عليها لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون حالا متقوما وقد يكون ريحا فان قالت له خالعني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة اي لجهالة كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه لجهالة المسمى وان كان المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير

ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه

متقوم

ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه

متقوم حالة الخروج كما تقدم فتعين ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه وقوله ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم واضح وقوله كلمة من هنا للصلة اشارة الى ما قال اذا كان في يدها في هذه الصورة درهمان او درهم يجب ان لا يجب عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكانه اراد بكونه صلة ان يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قوله اخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيها يكون فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم واعترض بان ما ذكره من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا النوع لا يفيد لانه اذا كان التقدير كذلك خالعني على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب وعن الثاني بانه لا نسلم انه لا معهود ثم بل ما في يدها معهود بالاشارة فان اختلفت

وان اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه لم تبرء وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة

على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان يحصل تسليمه اليه والا فلا شيء عليها لم تبرء وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة او ثوب فان العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا وان فسد لا يوثر في فساده وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستفحشة لكونها تنتظم انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها على تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق التسليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة من العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم فباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك

وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلاث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة رح ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء

اشتراط البراءة من العيوب قوله وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امرءة على عبد آبق على انه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه ان قدر واذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند ابي حنيفة وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المرءة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء واذا كان معاوضة انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي حنيفة ان كلمة على للشرط مجازا قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط عدم الاشراك بالله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا ويجوز اي تجوزا ما ذكره القرآن انه استعير للشرط لانه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وما ذهبا اليه مجاز اخر وليس احدهما ارجح او ادخل من الاخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال في الخلع فيه تابع للطلاق فجاز ان يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوض والمعوض بالنقابل وبين الشرط والجزاء بالذات فكان جعله للشرط مجازا اقرب بالحقيقة

وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدئا فوقع ويملك الرجعة

ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شي لان الزوج ما رضي بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق الا ان تسلم لي الالف كلا بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف

والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى على ما عرف في الاصول **قوله** على ما مر اراد به قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان الطلاق مبتداء غير مبني على سؤالها فوقع وله الرجعة **وقوله** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا ط ولو قال لها انت طالق على الف او بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا الايجاب من جهته يمين فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه من المجلس ويتوقف على البلوغ ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقه واضافته ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها من المجلس **وقوله** لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فلا فرق بين العبارتين والعوض لا يجب بدون قبوله ط **وقوله** والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده يحتاج الى ان يجيء الى وجوده بكون الالف عليها وكونه عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث وهو قوله ان الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانه لا يسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شي عليها عند ابي حنيفة وكذا لو قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا

فلا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المراة ولا شي عليهما عند ابي حنيفة وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق

لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله اي لابي حنيفة انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيه الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان بدونه

وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين احدهما ان المراة او العبد اذا قبل الا وقع الطلاق والعتاق حتى ما عند ابي حنيفة ولا يعتبر بقبولهما وعندهما يجب على المراة والعبد المال والثاني انهما اذا لم يقبلا المال وقع الطلاق والعتاق عنده لا اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لا يقعان لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة فكانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة ان قوله وعليك الف جملة تامة من مبتدا وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان بدونه اي بدون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان للزوج وجائز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلاث يبطل الطلاق وان اجازت الطلاق او لم ترد الخيار حتى مضت ايامه وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين

ولو قال انت طالق على الف درهم على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلاث بطل وان لم ترد ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم

كانه قال انت طالق بالف درهم فقبلت ولهما فيها طريق اخر وهو ان يجعل الواو للحال

فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان للزوج العبارة المرتبة عليه اذا فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وطلقت والا فقوله جائز يعطف على باطل فجائز كيف يكون الكف والاصوب ما ذكر طلقت ثم قوله للزوج حتى لا يلزم الحذف سعدي

لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه
يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على
ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه فيمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على
ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل
جانبها في الطلاق

والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع عن
الانعقاد وهما اي التصرفان يعني ايجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان
الفسخ من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرطا وجزاء ومعنى اليمين
لا يقبل الفسخ واما من جانبها فلان قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين
الزوج يتم بقبول المرأة فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولابي حنيفة
ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع الا يرى انها لو رجعت صح ولو قامت
من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في
جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار
في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين
لا يقبل الفسخ اجيب بان كونه شرط يمين لا يمنع ان يكون تمليكا في نفسه
كمن قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر فانه معلوم
بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة ان يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك
ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لان
كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال وجانب العبد في
العتاق مثل جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا فسره في الا
عتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة ومن قال لامرأته طلقتك
امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال
لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول
المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق

ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال
لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول
قول المشتري

لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به

ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول
رجوع منه قال والمبارأة كالخلع يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح
عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رح معه في الخلع ومع ابي حنيفة
في المبارأة

تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه والاقرار به اي باليمين
على ما قبل الحلف اي المذكور لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته اي لصحة
اليمين بدونه اي بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا يملك الرجوع
قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع
منه عن الاقرار وهو غير مسموع قال والمبارأة كالخلع المبارأة بفتح
الهمزة مفاعلة من بارء شريكه اذا ابرء كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة
خطأ كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع يسقطان
كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة
الماضية دون المستقبلة لان المختلعة والمبارئة النفقة والسكنى ما دامت
في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة رح وقال
محمد رح لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة
في المبارأة فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم
من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة وفي قولهما
ترجع عليه باربع مائة ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم
لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الا تمام النصف واذا
خالعها على مال مسمى معلوم ولم يسم الصداق فان كانت المرأة
مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا يتبع احدهما الآخر
بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم الى الزوج
بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما

لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف ان المباراة مفاعلة
من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه مطلق فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع
فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام منح هداية

النوع

واما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج
يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل
الدخول عند ابي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج
منها بدل الخلع وهي لا ترجع على الزوج بنصف المهر عند ابي حنيفة
خلافا لهما واما اذا بارأها على مال معلوم سوى المهر فالجواب فيه
عند محمد كالجواب في الخلع عنده وعند ابي حنيفة وابي يوسف
الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة لمحمد ان هذه اي
كل واحد من الخلع والمباراة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط
لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب اخر ودين في
يده لا يسقط بها شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كان
من حقوق النكاح ولابي يوسف ان المباراة مفاعلة من البراءة
والمفاعلة تقتضي الفعل الى بين وذلك يقتضي براءة كل واحد
منهما عن الاخر وانه اي لفظ البراءة مطلق قبل او على يد بال المذكور
مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع
البراءة فيما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة
النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باسقاط
تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة
الناشئة بالنكاح فيتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح
اما الخلع فمقتضاه الاخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة

الوضح

وكذا في بعض الشروح الاول شرح ... نسخة

المطلع

ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل
باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها
لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم
عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لم يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط ... منح هداية

ايضا الخلع

الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه
خلع النعل وخلع العمل وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن
وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه اللازمة به وقد صدر مطلقا
من غير قيد بالنكاح كالمباراة فيعمل بالاطلاق كما في المباراة في النكاح
واحكامه وحقوقه حولا بكمال الفصل ونفقة العدة لم تكن واجبة
عند الخلع لتسقط به وانما تجب بعده شيئا فشيئا ومن خلع ابنته
وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه
اي في هذا الخلع لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر
خلع المريضة من الثلث والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم
بماله قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح فان الرجل اذا زوج
ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول
ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم
بالمتقوم وهي من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولم يستحق
الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق او لا يقع فيه روايتان
في رواية يقع وفي اخرى لا يقع ومنشأ الروايتين قول محمد رح
في الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف
الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف
الى المال نص عليه في المنتقى فقال لان الاب الاب كلما لها
ولو خلع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت او قالت الصغيرة

قوله ونفقة العدة ... جواب سؤال مقدر ... اول

وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى. هدايه

لزوجها اخلعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المص وقال والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله اى قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان تقول ان دخلت الدار او غيره وفي ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل احد فان خالعها على انه اى الاب ضامن فالخلع واقع والالف عليه اى على الاب ومعنى الضمان هاهنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ما ذكره ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه فعلى الاب اولى وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذه التصرفات مع الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية على التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تأمل لان التصرف في مال الصغير انما يؤثر في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك فكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف داير بين النفع والضرر او نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان التزام بدله من

ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة. هدايه

الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها اولى فان قلت على ما ذكرت من كون الاجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على الاجنبي كما يصح على مال عليه لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت يحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لا يقال في الخلع ايضا يحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق قوله ولا يسقط مهرها يعني وان كان الخلع يسقطه لانه لم يدخل تحت ولاية الاب لانه ليس من النظر والولاية نظرية وقوله وان شرط الالف يعني ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان يعقل العقد ويعبر عن نفسها فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه اى في هذا القبول روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فيصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر لوجود الشرط وهو القبول وليست من اهل الغرامة وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين

فان قبل الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت
ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود
قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبرى اذا اختلعت قبل
الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زايدة وفي الاستحسان لا شئ عليها لانه يراد به عادة حاصل
ما يلزم لها

في رواية يصح وفي اخرى لا يصح ووجه الروايتين ما ذكرناه انفا وان ضمن الاب
المهر اي التزم يعني اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته وهو
الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا
لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير ملموسة وكان المهر الفا فاضاف الخلع
الى مهرها والمهر مهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق
قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكانه خالعها على خمسمائة صريحا وفي
القياس يلزمه الالف بحكم الضمان واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو
الف درهم اذا صح لا يخلو من احد الامرين اما ان تكون مدخولا بها او لا
فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف
درهم وان لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الاخر سقط
بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس
واما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصد سلامة الالف
وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الاخر
الذي يرجع به المراة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم
تقبض المهر واما اذا قبضت كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف
الاخر على الضامن فسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند
اتحاد المقصد واصل هذه المسئلة في الكبرى اذا اختلعت قبل الدخول
على الف ومهرها الف ولم يقبض شيئا فالقياس ان يجب عليها خمسمائة
للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد لزمت

قوله فان كانت فلها اقول اي ان كانت مدخولا بها وقوله وان لم تكن اي ان لم تكن مدخولا بها
منه

المرأة

المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة
لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها
خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التي لزمتها وفي الاستحسان
لا شئ عليها لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل
فلا يلزمها شئ زائد على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر ففي القياس
ترد المرأة الالف وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر
بالطلاق قبل الدخول وقوله زائدة بالجر لان الصفة تتبع المضاف
اليه في الاعراب كما في قوله تع سبع بقرات سمان كذا في النهاية وقال
هكذا افاد شيخي رحمه الله قرار ٢

وفي الاستحسان ترد الالف لا غير
خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة
بالطلاق قبل الدخول صح

مطلب
الصفة تتبع المضاف
اليه ١٦٧ ١٤ ب

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في اول كل باب منها ويحتاج
الى تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب
اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحة توجب حد
القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار
في اللغة قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقهاء
تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقا بنسب او رضاع
او مصاهرة واتما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته
انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او بنتها فانه لا يكون مظاهرا
لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو
النشوز فان اية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه
كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمرأة من نسائه وركنه قوله لامرأته
انت علي كظهر امي او ما قام مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء

قوله وانما قيد بقوله اتفاقا اقول
اي انه ظرف وسببه سبب
الخلع وهو النشوز
منه

قوله فان اية الظهار اقول فيه بحث فتامل
قوله والنشوز بناء على الغالب
منه

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطئها ولا مسها ولا تقبيلها
حتى يكفر عن ظهاره لقوله تع والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من
قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم
موقت بالكفارة
غير مزيل للنكاح

مع بقاء اصل الملك الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر
امي فقد حرمت عليه لا يحل وطئها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره
لقوله تع والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة
من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله
ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وبيان ذلك
ان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه
كالمواضع التي لا يطلع عليها من امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا
فلم يجدوا موضعا احسن في الذكر واستر من الظهر مع اصابة المعنى الذي
ارادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت
تحت اوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض
ما امرني به فقال انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع
الي فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت
ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوقع علي فدفعته بما تدفع به المرأة
الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيراني فاخذت ثيابا فلبستها واتيت رسول
الله عليه السلام واخبرته بذلك فجعل يقول يا خويلة ابن عمك وقد كبر
فاحسني اليه فجعلت اشكو يا رسول الله ما ارى من سوء خلقه فتغشى
رسول الله عليه السلام ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه
قال انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تع قد سمع الله قول التي
تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه
فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه ان يصوم
شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه

فليطعم

وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة
وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام
بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك
الاحرام والظهار

فان وطئها اي مس حج

فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله فقال انا سنعينه
بعرق فقلت وانا اعينه ايضا فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال
علماؤنا رحمهم الله المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو امساك
بالمعروف وقال الشافعي رحمه الله المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب
الظهار قوله وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم
الموقت بالكفارة وبيانه ان الظهار جناية لكونه منكرا من القول
وزورا قال الله تع وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر
ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية
يناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم
حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يحرم
الدواعي لان التحريم عرف بقوله تع من قبل ان يتماسا والتماس في
الوطء كناية عن الجماع واجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة
في المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز بخلاف الحائض
والصائم حيث لا يحرم الدواعي فيهما لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي
افضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام وسيأتي في كتاب الكراهية
فان قيل لما كثر وجودهما كان ادعى الى شرع الزاجر من الظهار فلم انعكس
الامر اجيب بان اوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن اوقات
الطهر والافطار اكثر فلما كثر اوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها
ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبته في الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر
لان ايجاب الزاجر يمنع وجود الجماع ويفتر الرغبة كان ممتنعا
فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى

قوله وقال الشافعي لا يحرم الدواعي اول اي في قول ش

قوله واجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة اول الاولى ان قوله باليد فان المس لا يختص باليد فيكون شاملا للجميع من التقبيل وغيره ش

قال وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع امرأته في ظهاره قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به

واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطء حتى يكفر لما روي ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول الله عليه السلام ظاهرت من امرأتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال عليه السلام استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ اشارة الى قوله وانت علي كظهر امي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق او الايلاء او قال لم انو شيئا يكون ظهارا لكنه اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به لان في ذلك تغيير موضع الشرع وليس للعبد ذلك وان قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام في المحللة والمحرمة للعهد اي المحللة بحالها لا بملك اليمين بالمحرمة تأبيدا الا توقيتا وهذا المعنى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها وقوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها ظاهر وان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيها من المرأة كتشبيه ذات المرأة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي كان مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء اولا ثم يسري الى سائر البدن كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي احتمل وجوها فيرجع الى النية لينكشف ذلك وكلامه ظاهر وقوله وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ذكر في المبسوط

ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكأنه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما

قول ابي حنيفة رح وحده وعن ابي يوسف فيه روايتان احديهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وكان قوله انت علي كامي بمنزلة قوله انت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ انه اذا لم ينو شيئا يثبت ادنى الوجوه وهو الايلاء ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما ذكره في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه الا ان يتبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه قول محمد رحمه الله ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رح هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين فان الحرمة الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى طلاقا او ظهارا فهو على ما نوى لانه يحتمل وجهين فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسألة الاولى وهو ظاهر وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما في قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه تختص به وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء

ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة وقالا هو على ما
نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف
يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه

قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم. متن

لا يكون الا ظهارا عند ابي حنيفة رح وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط
وقالا هو على ما نوى ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق
وان نوى الايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي
في شرحيهما للجامع الصغير لان التحريم يحتمل ونية المحتمل صحيحة غير ان عند محمد
اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا يعني
يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف
الكلام عن ظاهره قضاء بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة
بهذا الاسم وقال لي امرأة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته
وعلى هذه المعروفة بالظاهر وضعفه شمس الائمة السرخسي بان الطلاق بظاهره
ان وقع بقوله انت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت
والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله
انت علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل المعنيين المختلفين واجاب
الامام ظهير الدين عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله وكان
رواية عنه على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار
ولهذا لو لم يكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار
ويصدق في ارادة الطلاق لاعترافه به وقوله وقد عرف في موضعه
يعني مبسوط شمس الائمة ولابي حنيفة رح ان قوله انت علي كظهر امي
صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية فلا يحتمل غيره
من الطلاق والايلاء ثم هو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي
حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره فكان متشابها فيرد التحريم الى الظهار
كما هو الاصل في رد المحتمل على المحكم ولا يكون ظهارا الا من الزوجة

[illegible]

ولان الحل في الامة تابع فلا يلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة
فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه
وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف عليه بخلاف اعتاق المشتري
من الغاصب لانه من حقوق الملك. متن

[illegible]

حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم ولان الحل في المملوكة تابع بدليل انه لو اشترى امة فوجدها
محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة
فلا تكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها ولان الظهار منقول عن
الطلاق ولا طلاق في المملوكة وعورض بان الامة محل الظهار بقاء فيجب
ان يكون محلا ابتداء كما لو ظاهر امرأته وهي امة ثم اشتراها فانه يبقى
حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية
في النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار
بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا
بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فتبقى الى ان يوجد الكفارة فهي
بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك
بسبب ما لم تتزوج بزوج اخر فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها
ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف
لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة
بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول وقوله والظهار
ليس بحق من حقوقه اي حقوق النكاح جواب سؤال تقديره الظهار
مبني على الملك والملك موقوف فينبغي ان يكون الظهار موقوفا على
الاجازة كتوقف اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المغصوب
منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس
من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الاجازة توقف
الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح امر مشروع والظهار

قوله في الابتداء والبقاء اي اقول فيه بحث لم لا يكون محلا في الابتداء ويكون محلا له بقاء واما عكسه فغير مسلم كما ذكر من حديث المحرمية لا يبقى. منه

قوله لا يزول الا بالكفارة اقول ويعلم منه تحلية الظهار بقاء الا ابتداء. منه

ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

متن

ليس بمشروع لكنه منكر من القول وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق الملك لكونه منهيا للملك ومتمما له ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وكلامه فيه واضح وقوله وبخلاف الايلاء منهن يعني بان يقول لهن والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم والله اعلم

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه الى نهاية ذكر في هذا الفصل ما ينهى تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما بالفاء وانما كان ذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزور كما تبين فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة لان سببها لا بد وان يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول فضم اليه ذلك العود حتى قال بكونه نقض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقل حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم ابانها او ماتت لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لا يطأها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز اداء الكفارة بعد الظهار وقبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب ان المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نمنع جواز تقديم الكفارة عليه ثم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت لانهاء الحرمة الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال كل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا

متن

لا بعد انهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر والمراد بقوله عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة الا ترى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لا تخرج عن عهدتها وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف بوجهين احدهما انه لم يسمع من ائمة اللغة رقبة حتى تشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا اي عبدا واجيب عنه بان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة والثاني ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان الذات يستعمل استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني وقوله والاشقى في الكفارة اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة لان الكفارة حق الله وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقوله وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله وتقريره ان قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بكل وجه من خدمة المولى ثم مقارفته المعصية اي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده واختياره ولقائل ان يقول مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره واعتقاده لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما في الزكوة والجواب ان القياس جواز صرف الزكوة اليه ايضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله

قال ويجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة يطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره

متن

ولا يجزى العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفايت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشى وهو المانع اما اذا
اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة
بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشى اذ هو عليه متعذر
ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفايت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة
باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهامى اليدين لان قوة البطش بهما فبفوتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذى لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فايت المنافع والذى يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع

متن

قال ولا يجزى العمياء حتى قام اعتيادهم ورد ما اما قوامهم اخرجهم عن الموقوف
اى لا يجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان او انثى وكلام ظ والضابط
فى تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى اعتق رقبة
كاملة الرق فى ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما ينتفع به من المنافع فيها
قايم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما اذا
اعتق نصف رقبة فى الكفارة ثم اعتق النصف الآخر لم يجز وان اعتق
النصف قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم
وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا اعتق عبده ولم ينو عن الكفارة
فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز ايضا وقوله وجنس
ما ينتفع من المنافع فيها قايم احتراز عن مقطوع اليدين والرجلين وما يماثل
ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا اعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن
الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير بذلك الجنس
كالهالك فان قيام الشخص بمنافعه وقوله ويجوز الاصم واضح وقوله
لان قوة البطش بهما يعنى ان ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطع اكثر
اصابع كل يد كقطع جميعها وقوله والذى يجن ويفيق يجزيه يعنى
اذا اعتقه فى حال افاقته ولا يجزى المدبر وام الولد لان المنصوص عليه
تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وام الولد
ليست بكاملة لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا فانه اذا ثبت فيه
شيء من القوة الحكمية زال فى مقابلته شيء من الضعف الحكمى وقوله
فاشبه المدبر استدلال عما لا يقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة
عنده اى عند الشافعى جايز فكان هذا احتجاجا عليه بمذهبنا وقوله على ما بينا

ولا يجوز عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذى ادى بعض المال لان اعتاقه
يكون ببدل وعن ابى حنيفة انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير
لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعى رح له انه استحق الحرية
بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قايم من كل وجه على ما بينا

متن

ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقى عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن
فى التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه
لا يسلم له الاكساب والاولاد لان العتق فى ضمن المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ ضرورى لا يظهر
فى حق الولد والكسب

هدايه

اشارة الى قوله ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ وقوله عليه السلام المكاتب
عبد ما بقى عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى عم
وقوله والكتابة لا تنافيه لعل اه وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة
لا محالة ولم يزل رقه بها لان الشىء لا يزول الا بما ينافيه والكتابة لا
تنافى الرق فانه اى عقد الكتابة او ذكره باعتبار الخبر فك الحجر اذ لم
يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر
لا ينافى ملك الرقبة كالاذن فى التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك
الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما فى المأذون
اجاب بقوله الا انه اى عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من
جانبه اى جانب المولى وقوله ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل
يعنى لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق كفارة لكنه اذا اعتقه
عن الكفارة ينفسخ قبيل الاعتاق مقتضى الاعتاق اذ هو اى عقد
الكتابة يحتمل الفسخ فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد
الكتابة مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا
اعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله اكساب اجاب بقوله
الا انه لا يسلم له اى للمكاتب الاكساب والاولاد لان العتق فى ضمن
المحل يعنى المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب
والاولاد عن ملكه ثم لو عتق باداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ
لا يقع الا برضى المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيتقدر دلالة والدلالة
انما تتحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق بجهة الكتابة
لانه لا يختلف لا فى ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير

ولو اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عندنا وقال الشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين
والمسألة تأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه
لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لانه تملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة
وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض
هداية

[illegible]

فقصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين اولان الفسخ
يثبت ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر في حق الاولاد والاب
وقوله وان اشترى اباه او ابنه واضح وقوله بخلاف ما اذا كان
المعتق معسرا يعني انه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل
يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه
يصير حرا مديونا بناء على ان الاعتاق عندهما لا يتجزى اجيب بانه انما لم يجز
لان وجوب هذا الدين بسبب الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن
الكفارة ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه لتعذر استدامة
الملك فيه ثم يتحول اليه بالضمان ما بقي منه فكان في معنى اعتاق عبد الا شائبة
ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان بصفة
الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق
زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع
الكفارة على ما نذكره فيما يليه اجيب بان الملك في المضمون يثبت بصفة
الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب
الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستندا
ويلزم النقصان المانع فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق
باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والمحظور فيه فان قيل قد تمكن فيه
النقصان لامحالة والنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان متمكن على
ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه اعتق النصف ونقص
النصف الآخر ثم اعتق ما بقي ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية
فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع

ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة و
ان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه
بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها
بخلاف ما تقدم لان النقصان على ملك الشريك
هداية

وهذا على اصل ابي حنيفة اما على قولهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل
فلا يكون اعتاقا بكلامين فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق
باقيه لم يجز عند ابي حنيفة لان الاعتاق عنده يتجزى وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس
بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس
متن

فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان ثمة
تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن ان يجعل النقصان الحاصل في النصف
الباقي مصروفا الى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر
النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقي واعتقه
فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كانه اعتق عبدا الا
قدر النقصان وقوله وهذا اي جعله اعتاقا بكلامين على اصل ابي حنيفة
في تجزي الاعتاق واما عندهما فالاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف
اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وعلى هذا تبتنى المسألة التي تليها
وهي ظاهرة الا انه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده
بان اي اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس
فينبغي ان لا يجوز عن الكفارة واجيب بانه انما يجوز لانه لا اعتاق رقبة
كاملة قبل التماس الثاني فصار اعتاق نصف العبد كان لم يكن و
كانه قد جامع قبل الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم
ذلك **قال** واذا لم يجد المظاهر ما يعتق واذا لم يجد المظاهر ما
رقبة ولا ثمنها فكفارته صوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز و
ان كان كل شهر تسعة وعشرين وان صام بغير الاهلة فافطر لتمام
تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا ان ادخل في صيامه
شهر رمضان او يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق كما ذكره في الكتاب
وهو واضح فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا
او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف لا يستانف وانما قيد بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع

قوله بانه اي اعتاق [illegible]

واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر
ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار
لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل
متن

فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه
صح

غيرهما فان كان وطيا يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها في النهار ناسيا او بالليل عامدا فان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا استانف بالاتفاق واما ذكر العمد فيه في الليل فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان في الوطي بالليل سواء فعرف ان الاختلاف في وطي لا يفسد الصوم لابي يوسف ان هذا وطي لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اي التتابع هو الشرط في كون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني الاستيناف تاخير الكل عنه وتاخير البعض اهون من تاخير الكل ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص وهذا يحتمل وجهين احدهما ان يكون معناه ان النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه وهذا الشرط اي الشرط الثاني وهو الخلو عنه ينعدم به اي بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستيناف لانه ان عجز عن الاتيان به قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس واما هذا التقرير كلام عامة الشارحين والثاني ان يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير للاول بطريق العطف لان اتيانه قبل المسيس خلاوه عنه

ولهما ان الشرط في الصوم قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف ولو
صح

وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه
صح

بالضرورة ويتخلل الجماع عدم وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التي ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستيناف وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا الى اخره والجواب عن قوله انه لا يفسد الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى قطع التتابع وفي العمد تقدم المقابل بالفصل وان افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وهذا احتراز عما اذا افطرت المراة في كفارة القتل او الافطار بعذر الحيض فانها لا تستانف لانها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في اخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته وقوله وان ظاهر العبد ظ وقوله او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كان اكثر من الاخر او مثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع تمر جيد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع حنطة يبلغ صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس اخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه

فاذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير
صح

قوله وترك العود الى الكفارة اي قوله الى الكفارة متعلق بقوله ترك العود

قوله او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة

او قيمة ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث اوس بن الصامت وسلمة بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر
دفع م
متن

وانما الاعتبار له في غيره وقوله في حديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهي المجادلة التي نزلت فيها اية الظهار وقد تقدم واما سهيل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المص موافق لما اورده الامام المستغفري في معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر الليثي وقوله فيعتبر بصدقة الفطر يعني في المقدار ولكن بينهما فرق من وجه اخر وهو ان التوزيع فيها بان يعطي فقيرا امنان حنطة ومنا اخر فقيرا اخر الا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الاطعام المعتاد للمساكين واما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها المقدار دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التوزيع جائزا

قوله او قيمة ذلك ظ وقوله لحصول المقصد اذ الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصد من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالاخر واما اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة والكسوة ارخص من الاطعام فلم يجزه لان المقصد بالكسوة غير المقصد بالطعام الا ترى ان الاباحة في احدهما يجوز دون الاخر واستشكل بما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق واجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله وان امر غيره ان يطعم عنه

وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره متن

وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعي لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة
متن

من ظهاره ظ وقوله فان غداهم وعشاهم بكلمة الواو لا باو لان الغداء وحدها والعشاء وحدها لا يجزي قال في المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما غداآن او عشاآن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وعن محمد عن ابي حنيفة رح اذا غدا ستين وعشا ستين اخرين لا يجوز وقوله قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان احدهم شبعان اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد الطعام العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما شبعهم وقوله وقال الشافعي متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز الاباحة لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم لانه جعل الفعل طاعما وفي الاباحة ذلك اي التمكين كما في التمليك فيتادى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلكونه عين النص واما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملك منه فاما ان يطعم او يصرفه الى حاجة اخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه اما الواجب في الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى واتوا الزكاة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله عليه السلام ادوا عمن تمونون وهما للتمليك حقيقة وقوله ولو كان فيمن عشاهم صبي ظ وقوله وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف

ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه استيفاء الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه فان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصد سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة
متن

وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه
لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق
واجب بالنص وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام
ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان
بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه متن

لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ
فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف
الى الغني وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له انما سد الخلة يصرف
وظيفة اخرى اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفي في حكم تلك الكفارة
كالمعدوم ولا يمكن ان يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في الموتر
باتم من هذا وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك كثيرة تتجدد في يوم
واحد فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف حاجة
الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته منه في يوم تنتهي حاجته
الى الطعام ولا تتجدد الا بتجدد الايام وبخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة
لان التوزيع واجب بالنص وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد
لا صفة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة
واحدة وقوله وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام واضح
وقوله والمنع لمعنى في غيره يعني توهم القدرة على الاعتاق لا يعدم
المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الاوقات المكروهة
قال وان اطعم عن ظهارين واذا اطعم المظاهر عن ظهارين ستين
مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار
وظهار اجزاه عنهما اتفاقا قوله ان المودى وفاء بهما اذ الواجب
عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر ففي الصاع وفاء بهما لانه
والمصروف اليه محل لهما لان الفقير لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه
مصرفا لبقاء الخلة والنية معتبرة فيقع عنهما كما لو اختلف السبب

وان اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف وقال محمد يجزيه وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمودى
وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع متن

ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمودى يصلح لكفارة واحدة
لان نصف الصاع ادنى المقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة
بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين اخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار
فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا لو صام اربعة اشهر او اطعم مائة و
عشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة متن

يعني اطعم ذلك عن افطار وظهار او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس
الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والعوض عندها فلغت
النية واذا لغت والمودى يصلح لكفارة واحدة لان نصف الصاع
ادنى المقادير والمقادير يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا
نوى اصل الكفارة فانه يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا فرق في
الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين اخر وفيه بحث من وجهين
احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة فكانا بمنزلة جنسين مختلفين
فينبغي ان يقع عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه
صح نية التعيين ولم يلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا حل وطي
التي عينها واجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين لا فيما
كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة
تصلح كفارة عن احد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام
ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح
لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا
زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما
لو اعطى ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا قوله ومن وجبت
عليه كفارتا ظهار قوله كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء
جواب الاستحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لخروج الامر
من يده وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر
لا يجزيه عن احدهما في الفصلين يعني في متحد الجنس ومختلفه وقال الشافعي
له ان يجعل عن ايهما شاء في الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود

وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار
وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعله
عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد متن

وجه قوله فانه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولكن ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب

وهو الستر جنس واحد والنية في الجنس الواحد غير مفيد فبقي نية اصل الكفارة ولو نوى اصل الكفارة كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء، فكذا ههنا او وجه قول زفر رح انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما لخروج الامر من يده ولكن ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو فبقي معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغوا واذا الغت صار كانه اعتق رقبة عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جاز وله ان يصرفها الى ايهما شاء، فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع في الجنس المختلف فكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق في القتل والظهار واحد اجاب بقوله واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب فان القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المص رح لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوايد الظهيرية فقال نظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد بناء على ما ذكرنا من الغاء التوزيع وبقاء اصل النية اذ الجنس متحد ونظير الثاني يعني الجنس المختلف اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد من التعيين فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما

نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد من التعيين فيهما

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان

اذ الجنس مختلف واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لابد منه والا لا يقع عن واحد منهما واجيب بانا لا نسلم اتحاد الجنس لانه مختلف باختلاف الخطاب والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب عليهم من اول الشهر الى اخره

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعان من جانب الرجل وهو مقدم وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطي والاستمتاع كما في تمام اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة اي من اهل ادائها ولهذا لا يجري بين مملوكين والمرأة ممن يحد قاذفها حتى لو لم يكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان فان قيل اللعان يجري بين الاعميين والفاسقين وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفها فانه لا يجري وان كانت ممن يحد

والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم

قاذفا أجيب عن الاول بانهما من اهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم
جاز كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضي خان وعن الثاني
بانه انما شرط كونهما ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب
حكم فانها اذا لم يكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان
قائم في حقه مقام حد القذف وهو يعتمد احصانها بخلاف ما اذا لم يكن
الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف
عن ايجاب حكم قوله والاصل اعلم ان موجب قذف الرجل
زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الاية ولما روي عن ابن مسعود رضه
قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول
الله ارايتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم
جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت
اية اللعان وكان صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف
امرأته بشريك بن سحماء ائت باربعة من الشهداء يشهدون على
صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقال الصحابة رضوان الله عليهم
الان يجلد هلال بن امية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان
موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا
في اية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان يكون
شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف
في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون
ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى

لكونها

109

والاستثناء انما يكون من الجنس وقال تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فعلمنا ان الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اما صح

صح

استثنى الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس
والشهداء الا الشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان
فدل انها شهادات اكدت بالايمان نفيا للتهمة وقال الله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فعلمنا ان الركن
هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان
كاذبا تأكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب
لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن
تكثرن اللعن وتكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن اعينهن
فعساهن يجترين على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن و
سقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا
لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في
الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد
زاجر والاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب
الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان
اللعان قائما في حقه مقام حد القذف لجرى التداخل فيه في الاتحاد
والتعدد وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة
او في كلام متفرقة فعليه ان يلاعن كل واحدة وان قذف اجنبيات
فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة اجيب بان اللعان
قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقا لانه صار بدلا
عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك
الاختلاف لاختلاف المقصد فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن

اذا ثبت هذا فنقول لابد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من احصانها متن

وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فلان كلامهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي اللعان ايمان مؤكدة بالشهادة فمن كان اهلا لليمين كان اهلا للعان قال اذا ثبت هذا فنقول يعني اذا ثبت ان الاصل في اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان نقول لابد ان يكون المتلاعنان من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد ان تكون المرأة ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من الاحصان ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولد امرأته صار قاذفا لها كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف فانه يكون قاذفا للمرأة فكذلك هذا ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به وقال الشافعي رح لا يصير بنفي الولد قاذفا لها ما لم يقل وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفا ما لم يقل وانه من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام والقياس ما قاله الامام تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها او عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه من زنا او من وطء بشبهة فاكتفى بنفي الولد

ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولد امرأته صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء بشبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به متن

وتشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه فيرتفع السبب متن

حتى ينفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في الاجنبي ويشترط طلبها لموجب القذف لانه حقها لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلابد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع الزوج من اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه فيرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب اي سبب اللعان اي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا واما اذا كذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في انها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة الاخرى فقيل فيها تغيير على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر الا ترى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال اراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله وقوله الا انه يبتدا بالزوج لانه هو المدعي يعني ان اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي فلا [illegible] فقال الا انه يبتدا به وقوله فان امتنعت ظ واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين فاسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل ان يعرض عليه الاسلام او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد

ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلوناه من النص الا انه يبتدا بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه متن

واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته
فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واللعان خلف عنه
وان كان هو من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت
صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان
لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما
اذا صدقته متن

لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته لانه ليس من اهل الشهادة فيصار الى
الموجب الاصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات الاية فانه كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان خلفا عنه
في قذف الزوج عند وجود الشرائط فاذا عدمت صير الى الاصل وقوله
وان كان هو من اهل الشهادة ظ وقوله والاصل في ذلك قوله عليه السلام
اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم
والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد له
اصل في كتب الحديث ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرح مختصر الطحاوي
باسناده عن عبد الباقي الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي عم
قيل كفى بابي بكر الرازي لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى ولو كان محدودين
في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس
من اهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها وهي ايضا محدودة في القذف
درءا للحد اجيب بان المانع من الشيء انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضي لانه
عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام ما يقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة
لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في
نفسه موجب للحد فيجب بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه
مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها بكونها محدودة دخل بطل المقتضي
فلا يجب الحد لانه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع
ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه ولا
لعان وعلى قول ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من اهل الشهادة فلم ينعقد
قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب الحد لان القذف يوجبه اجيب

والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت مسلم
والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان
لمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله
متن

قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني
لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما
رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن
الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا
لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في
الكتاب ان لفظ المغايبة اذا انضمت
اليه الاشارة انقطع الاحتمال متن

بان في العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درءا للحد
ليس كذلك المحدود في قذف قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي
صفة اللعان على ما ذكر في الكتاب واضحة وقوله فاذا التعنا لا تقع
الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما يفيد انه لو مات احدهما بعد التلاعن من المتلاعنين
قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه ثبتت الحرمة
المؤبدة بالحديث يعني قوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نفى
الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن
ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان ووجه الاستدلال
ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان
فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم وقوله دل عليه اي
على ان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه النص كان اولى
فتامل وقوله قول ذلك الملاعن يريد به عويمر العجلاني فانه قال
عند النبي عليه السلام بعد اللعان كذبت عليها ان امسكتها هي طالق
ثلاثا ولم ينكر عليه النبي عليه السلام ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول
الله عليه السلام فان قيل قد انكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها
اجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روي انه قال ان
كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل
لك عليها والجواب عن استدلال زفر رح بالحديث يحمل على ما اذا تفرق الى كم
يكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رح لان فعل القاضي
انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين وقوله وهو خاطب
اذا اكذب نفسه عندهما مسئلة مبتدأة وقال ابو يوسف رح هو

فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث
ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي
منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عم كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلاثا قاله بعد
اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب
اذا اكذب نفسه عندهما متن

وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع
والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان
ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله
انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان
الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن امية عن هلال والحقه بها
منه

اى الثابت باللعان تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان
ابدا نص على التأبيد وهو ينافي عوده خاطبا ولهما ان الاكذاب اي
الاقرار بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها فلا معنى
لبقاء نفي التأبيد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين
لانهما يكونان متلاعنين اما حقيقة بمباشرتهما اللعان او حكما باعتبار
بقاء حكمه فلم يبق شيء بعد الاكذاب اما حقيقة فقط واما حكما فلانه لما
اكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان واذا بطلت
الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه
والحقه بامه وصورة اللعان في ذلك ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد
بالله الخ وهو ظاهر قوله ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد
حيث كان القذف به فيوفر عليه اى على الزوج مقصوده فالقضاء
بالتفريق يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه
بامه وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه
واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه
لانه اي نفي الولد ينفك عنه اي عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق
باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان
ولا ينتفي النسب عنه فلا بد ان يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر
عن ابي يوسف رح فان عاد الزوج واكذب نفسه بعد اللعان حده
القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها
تطليقة بائنة بعد القذف فانه اذا اكذب نفسه بعد القذف والبينونة
لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق

ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف
ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره
فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه
منه

وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم
وكذلك ان قذف غيرها فحد لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها

بينهما ولا يأتي ذلك بعد البينونة واما نفي اللعان فلفوات المقصود واما الحد فلانه
لان قذفه كان موجبا للعان والقذف الواحد لا يوجب حدين
بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب اللعان هناك
باصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع
معنى الشهادة منها باكذاب نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا
واما فيما قبله فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان اكذب نفسه
فلو قال انت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات
الثلث وانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية
انت طالق ثلثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحة
ثم ابانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا ابانها لم يلزمه حد
ولا لعان كذا في المبسوط قوله وحل له ان يتزوجها تكرار
لقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما ويجوز ان يقال ذكر
هناك تفريعا ونقل هنا لفظ القدوري قوله وكذلك ان قذف
غيرها فحد به يعني جاز له ان يتزوجها قوله لما بينا يريد قوله
لانه لما حد لم يبق اهلا للعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها
لانتفاء اهلية اللعان من جانبها فان قيل لما جرى اللعان بينهما
علم انهما زوجان على صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد
احصانهما يرجمان فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد
ذلك انى يبقى محلا للتزوج اجيب بان معنى قوله فحدت جلدت و
تصوير المسئلة ان تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد
اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط

وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم أهلية الشهادة وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر في الأصل لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا إذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط كأنه قال إن كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط

احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد **قال** وإذا قذف امرأته وهي صغيرة إذا قذف الرجل امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبيا لعدم إحصانها لأن من شرطه البلوغ والعقل فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم الأهلية لكونه غير مخاطب وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان لأنه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت إلا بالصريح فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي رحمه الله يقول إشارة الأخرس كعبارة الناطق ولنا أن الإشارة لا تعرى عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحدود وإذا قال الزوج ليس حملك مني ط والضمير في قوله لقيام الحمل عنده للقذف وقوله والقذف لا يصح تعليقه بالشرط كما إذا كان كذلك لأن القذف مما لا يكلف به لا قضاء إلا ديانة إلى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف وفي ذلك إجمال لا يثبت ما يندرئ بالشبهات وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا ط وقوله وقد قذفها حاملا روي أنه عليه السلام قال إن جاءت به أصهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال وفي رواية أحيمر فهو وإن جاءت به أسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن ولنا أن نفي الولد حكم من أحكامه والأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله أي قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة فإن قيل بل تترتب عليه قبله كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله أجيب

وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله

والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وإن نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس لأنه أثر الولادة

قال المحشي والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي أول فيه بحث لأن أحكامه محمولة على

لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس

بأن اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لأنه يثبت مع الشبهات والإرث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتوقف في الحال وحاصل الجواب أن قوله الأحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفي الولد منها لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة والحديث أي حديث هلال محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي بدليل ما روينا أنه عليه السلام قال إن جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي وقوله وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لأنه لو قبل الأب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظ وقوله يصح نفيه في مدة النفاس يعني إذا كان حاضرا ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لا معنى للتقدير بمدة لأن الزمان للتأمل كيلا يقع في نفي الولد مجازفا وأحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه أي على عدم النفي وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة فإن ذلك إقرار منه أن الولد له أو ابتياعه ما يحتاج إليه لإصلاح الولادة أو مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي وإذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي منه بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة لكن يرى وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بسبعة أيام لأن في هذه تستعد للعقيقة وإنما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ولكن هذا ضعيف لأن نصب المقدار بالرأي لا يجوز وذكر في الشامل أنه روي عن أبي حنيفة أنه قدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الأول ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين

وله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين

قال وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد وحدّ الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني وإن اعترف بالأول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والإقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

متن

فيجعل كأنها ولدته الآن فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لأن النسب لا يلزمه إلا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة وقوله وإذا ولدت ولدين في بطن واحد ظ وقوله والإقرار بالعفة سابق على القذف جواب سؤال تقريره ينبغي أن يجب عليه الحد لأنه أكذب نفسه بعد القذف لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باق بعد النفي الثاني فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار ولو وجد الإقرار بعد النفي ثبت الإكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب أن الإقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار للحقيقة فصار كأنه قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن ولا يكون ذلك إكذابا فكذلك هذا والله أعلم بالصواب

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لأن حكم من به العوارض بعد ذكر الأصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على إتيان النساء من عُنّ إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل أو من عنّ إذا عرض لأنه يعنّ يمينا وشمالا ولا فرق بين أن يقوم إليه أو لم يقم وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض وبين أن يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك فإنه عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها قال وإذا كان الزوج عنينا وإذا كان الزوج عنينا

باب العنين وغيره

وإذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة

اجل

١٦٤

وإذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولأن الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان

متن

أجله الحاكم سنة ابتداؤها من وقت الخصومة فإن وصل إليها وإلا فرق الحاكم بينهما إذا طلبت المرأة ذلك وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رحمهم الله ولأن حقها ثابت في الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة لأن العجز قد يكون لفرط الرطوبة فيداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل وينبغي أن يعتبر السنة الشمسية أخذا بالاحتياط لأنه ربما يكون موافقة العلاج في الأيام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما نذكره ولا بد من طلبها التفريق لأنه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج وكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لأنه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم وإنما يقع التطليقة بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة أما الأول فلفوات المقصود

فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة

متن

ولها كمال المهر ان كان قد خلا بها فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج
متن

وهو الوطء واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة لان المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم وتجب العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا لما بينا يعني في باب المهر هذا اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة صفة وان كان مدعيا للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة وكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة ثم ان حلف بالله لقد اصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظرت النساء اليها فان قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه اخر فيشترط مع شهادتهن ليكون حجة فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا تدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخلت بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل يكسر البيضة فتصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر وقوله وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ط وقوله وان قلن هي ثيب حلف الزوج حاصله ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير

فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو فاذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظرت اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج
متن

فان نكل

فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه
متن

فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول اي لتأيد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان حلف لا تخير لبطلان حقها وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرنا يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وكذا اذا قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا اشتراط التوقيت كان حقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت وقد سقط حقها فلا تطلب بعد ذلك شيئا فان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر قال وفي التأجيل تعتبر السنة في التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهي ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة انه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض عن ايام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنهما فلا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من ايام اخر وعلى هذا فتوى المشايخ

واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانه تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل

قال العبد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ اقول وفيه نظر لان النكاح موقت بحياتهما كما سيجيء

وروى عن ابي يوسف انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لا يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف شهر فيثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انها اذا كانت صحيحة في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد ان مرض احدهما في دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض

واذا كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطيع جماعها لارتفاق ذلك الموضع اي لانسداده ليس لها خرق الا المبال والقرن بسكون الراء قال في المغرب هو عدة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم يمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك قال لانها اي العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا او طبعا اما حسا ففي الرتق والقرن واما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى قيل فيه ضعف لان النكاح موقت بحياتهما وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات وفوات

واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

الثمرة لا يؤثر في عقده الا ترى انه لو لم يستوف لبخر او دفر او قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ واما المستحق هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الباقيين فبالشق والفتق وقوله عم فر من الاسد الحديث محمول على التحرز بالطلاق وكذا ما روي ان رسول الله عم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روي انه عم قال لها الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر رض انه اثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رض واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها اذ لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطء لان شرعية النكاح لاجل الوطء وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل جعل المقصود الوطء فيما اذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تغيير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهاهنا يخلان به بخلاف هذه العيوب الثلثة والله اعلم بالصواب

باب العدة

العدة لما كانت اثر الفرقة بالطلاق

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تع والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح متن

اعلم انه لو ذكر وجوه الفرقة في باب على حدة لكان الانسب عقيب الموت والعدة في اللغة ايام اقراء المرأة وفي الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متاكدا بالدخول او الخلوة او الموت وهو اي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل تنقضي وعدلت من في وهو كف المرأة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه

قال واذا طلق الرجل امرأته اي اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه اذ الرجعة لا تكون الا في المدخول بها او وقع الفرقة بينهما بغير الطلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الاخر والفرقة في النكاح الفاسد وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تع والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيها اي في الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة بغير الطلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الش في الاطهار و اللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد وكذا قاله ابن السكيت ولا يمكن ان يتناولهما جملة للاشتراك فان اللفظة الواحدة عندنا لا تدل على معنيين مختلفين حقيقتين او حقيقة ومجازا على ما عرف في الاصول ولا يتعين ان يكون ترجيح المحض بكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا يسمى زمن المماسة وكونه من الاضداد ينفيها وهذا البحث مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما

وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وعند الش الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك متن

والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا له وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تع واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الاية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الاية واذا كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تع واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن متن

والحمل على الحيض اولى لمعان احدها العمل بلفظ الجمع يعني القروء فانه جمع في الفع والضم ووجهه ان اقل الجمع ثلاثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لان الطلاق يوقع في طهر وهو السنة ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون الحاصل مدة عدتها قرئين وبعض الثالث ولفظ الثلثة في قوله تع ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا البحث مما عرف في الاصول وقد قررناه في الانوار والتقرير بخلاف ما اذا اريد بالقرء الحيض فانه يكمل ثلاثا والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لان الحامل طاهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف انها حامل او حائل وهو اي التعرف هو المقصود والثالث قوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر الى الحيض فيلتحق بيانا به اي فيلتحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تع واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر وكذا التي بلغت بالسن اي خمسة عشر سنة باخر الاية وهو قوله تع واللائي لم يحضن عطف اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما جزاء واحدا وفي هذا دلالة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنه حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تع فلم تجدوا ماء فتيمموا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تع واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقوله فان كانت امة ظ وقوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تع والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا

وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رضه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجزي فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تع ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة متن

وعدة الأمة شهران وخمسة أيام لأن الرق منصف وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر رض لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج

نسخ قوله تعالى وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج واستدل عليه بما روي أن المتوفى عنها زوجها جاءت إلى رسول الله عليه السلام تستأذنه في الاكتحال فقال عم كانت إحداكن تمكث في الجاهلية إذا توفي عنها زوجها فحدث في شر أحلاسها في بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهي الحول والقصرى وهي أربعة أشهر وعشر وأن الأولى هي العدة الكاملة وأن الثانية رخصة

المباهلة الملاعنة مفاعلة من البهل وهي اللعنة ومعناه قول ابن مسعود من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد البقرة ويروى لاعنته وذلك أنهم كانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الظالم

وعدة الأمة شهران وخمسة أيام لما عرف ثم بخبر بريرة أن الرق منصف وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وهو مذهب عمر وابن مسعود رض وكان علي رض يقول تعتد بأبعد الأجلين إما بوضع الحمل أو بأربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد لأن قول الله تعالى وأولات الأحمال أجلهن الآية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بأنفسهن يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا قال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى يعني سورة يا أيها النبي إذا طلقتم النساء الآخر ما نزلت بعد التي في سورة البقرة يريد أن قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن متأخر عن قوله تعالى يتربصن بأنفسهن فيكون ناسخا في ذوات الأحمال وقال عمر رض لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج قال وإذا ورثت المطلقة في المرض عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بائنا أو ثلاثا أبعد الأجلين أي تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشرا ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلث حيض قبل تمام أربعة أشهر لا تنقضي عدتها حتى تتم المدة

وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلث حيض ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه

هدايه

عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف ثلث حيض وأما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لأن الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلث حيض لأن عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فإن قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الإرث أجاب بقوله إلا أنه بقي في حق الإرث يعني بالدليل الدال على توريثها لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة في بيان الملازمة بقوله احتياطا وبيانه أنا إنما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما إلى وقت الموت أو باعتبار إقامة العدة مقام أصل النكاح حكما إذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فإذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكما فهي في حكم العدة أولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فألزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله ولو قتل على ردته جواب عما استدل به أبو يوسف فقال ألا ترى أن المرتد إذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالإجماع لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح بينهما بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره أن ذلك أيضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بأبعد الأجلين فلا ينتهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالإجماع وعذرهما عن ذلك ما ذكر في الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأنها معتدة مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند

ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الخلاف وقيل بالحيض بالإجماع لأن النكاح ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المرأة المسلمة لا ترث من الكافر

هدايه

فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه
وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة والموت
وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض

استحقاق الميراث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض
فلا يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق
فمن قال ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما وقوله فان اعتقت
الامة في عدتها الخ واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت
عند الزوال فينبغي ان لا تتحول العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة
ولهذا تعتد من وقت الطلاق واجيب بانها انما تتحول لان سببها وهو
الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ولهذا تتحول بالموت
من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة
بالعتق وقوله وان كانت آيسة الخ وقوله اذا رأت على
العادة يعني اذا رأت دما سائلا وكان محمد بن ابرهيم الميداني يقول
ان رأت دما سائلا كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض وان
رأت بلة يسيرة لم يكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا
لا يتعلق به حكم الحيض وقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح
قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه كان يقول
هذا اذا لم يحكم باياسها فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها
وكانت ابنة تسعين سنة او نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضا
وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل منقوض بمن صلى بوضوء
ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع و
السجود يومي وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل واجيب بان البدلية
اما ان تعتبر في الصلاة او في الطهارة وكلاهما غير صحيح اما الاول فلان
الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء وكذلك الصلاة بالايماء

ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عوده يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية
تحقق الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم آيست تعتد
بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل
هداية

والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم
لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض
وقال الشافعي حيضة واحدة فلانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء
هداية

ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض الشيء لا يكون بدلا عن
كله واما الثاني فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما
لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى واما العدة بالشهور فبدل عن
الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما قال والمنكوحة نكاحا فاسدا
المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرم
اذا نكحها المحرم عالما بالحرمة عند ابي حنيفة رح والموطوءة بشبهة وهي التي
زفت الى غير زوجها فوطئها عدتها الحيض في الفرقة والموت جميعا لانها
اي لان عدتها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق
للنكاح الفاسد والوطي بشبهة والحيض هو المعرف ولا فرق في ذلك
بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب ان تكتفي بحيضة واحدة
او شهر كما في الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها انما كانت ثلث حيض
الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابدا تؤخذ من حكم
الصحيح كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة
الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه وكذلك يثبت
اجر المثل دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم يثبت عدة الوفاة لو كانت فيه
فان عدة الوفاة لم تجب الا لاظهار التأسف لفوت نعمة النكاح والنعمة
في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه
جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا واذا مات
مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي حيضة
واحدة وهو مروي عن ابن عمر رض قال عدتها اثر ملك اليمين لانها
تجب بزواله فكان كالاستبراء ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة

ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رض فانه قال عدة ام الولد
ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح
هداية

وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال
أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعي لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار
كالحادث بعد الموت ولهما إطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن الآية هداية

ولنا أنها أثر زوال الفراش لأنها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها الاكتفاء
بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لأن سببه استحداث الملك
وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما وأما ما فيه عمر رض فإنه قال
عدة أم الولد ثلث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود رض وإن كانت
ممن لا تحيض فعدتها ثلثة أشهر كما في النكاح وقوله وإن مات الصغير عن
امرأته الخ وقوله كالحادث بعد الموت يعني بأن تضع بعد الموت لستة
أشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بأن تأتي لأكثر
من سنتين قال في النهاية والأول أصح وتفسير قيام الحبل عند الموت
أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية
ولهما قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن من غير فصل بين
أن يكون الحمل من الزوج أو من غيره في عدة الطلاق أو الوفاة وقوله
ولأنها مقدرة دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بمدة
وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لقضاء حق النكاح
لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح
يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وفيهما المنع وبين الأول
بقوله لشرعها أي لشرع عدة الوفاة بالأشهر مع وجود الأقراء يعني لو
كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالأشهر لأن الحيض هو المعرف على
ما مر وفيه بحث لأن الضمير في قوله لشرعها إما أن يعود إلى عدة الوفاة
في أولات الأحمال أو إليها مطلقا ولا سبيل إلى الأول لأن الحامل لا تحيض
عندنا ولا إلى الثاني لأن المدعى عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم من أن لا تكون
للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل أن لا تكون له فيها لأن تنقضي وضع الحمل

ولأنها مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم
لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وإن
لم يكن الحمل منه هداية

بخلاف الحمل الحادث لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت
وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث الحبل بها بعد الموت لأن لا يثبت
نسب الولد في الوجهين لأن الصبي لا ماء له ولا يتصور منه العلوق والنكاح قائم مقامه في موضع
التصور هداية

يدل على فراغ الرحم والجواب أن الضمير يعود إلى عدة الوفاة مطلقا يعني
أن عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في أولات الأحمال
ولا في غيرها لأنها شرعت بالأشهر مع وجود الأقراء المعرفة والدليل إذا
كان أعم من المدلول كان أتم فائدة وكون تنقضي وضع الحمل يدل على فراغ
الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف وقوله
بخلاف الحمل الحادث يعني قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني أنها كانت
عدتها بالشهور لأنا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والزمنا العدة بالشهور
حقا للنكاح بأيه التربص فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة
وجبت مقدرة بمدة الحمل لأنها عدة أولات الأحمال بالنص فافترقا أي
الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فإن قيل إذا مات الرجل ولم يكن
المرأة حاملا فقد ألزمناها العدة بالشهور ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها
بوضع الحمل فتغيرت العدة لحدوث الحمل أجاب بقوله ولا يلزم امرأة
الكبير إذا حدث بها الحمل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان أي
الحمل كالقائم عند الموت حكما تبعا لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب
لأن النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت بها أنه من حمل فجعلناه
كالقائم حكما وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم نحتج إلى جعل الحمل
قائما عند الموت فكان الحمل مضافا إلى أقرب الأوقات فكان ابتداء
عدته بالأشهر لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني في وجهي مسئلة
الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده لأن الصبي
لا ماء له فلا يتصور منه العلوق فإن قيل النكاح موجود فيقام مقام
الماء لقوله عليه السلام الولد للفراش أجاب بقوله والنكاح يقام مقامه

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة
مقدرة بثلث حيض كوامل فلا ينقص عنها
هداية

واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض
محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا
عندنا صداية

قال اي تمام الثانية في موضع التفسير وقوله واذا طلق الرجل امرأته طلاقا
واذا وطئت المعتدة بشبهة اذا وجبت على المرأة عدتان فاما ان تكونا
من رجلين او من رجل واحد فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلثا فتزوجها في
العدة فوطئها او وطئ المطلقة ثلثا وقال ظننت انها تحل لي او طلقها
بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين تداخلان وان كان
الاول وكانا من جنسين كالمتوفى زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجئ
او من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق
بينهما تداخلان عندنا ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا
واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية
وصورة ذلك ان الوطئ الثاني اذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب
عليها بعد الوطئ الثاني ثلث حيض ايضا والحيضتان تنوب من اربع
حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة من الوطئ الثاني
خاصة وان لم يكن رأت شيئا فليس عليها الا ثلث حيض وهي تنوب من
ست حيض وقال الشافعي رح لا تتداخلان لان المقصود من العدة
العبادة اي عبادة الكف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن
اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة ولنا ان المقصود
من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة صح
فتتداخلان قوله ومعنى العبادة تابع جواب عن قوله لان المقصود
هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة تابع ان ركنها حرمة
الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الاية وقال
ولا يخرجن الاية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات

وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن الخروج والتزوج فلا تتداخل
كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن براءة الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان
ومعنى العبادة فيها تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف
صداية

والمعتدة من وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب ما تراه من الحيض فيها تحقيقا
للتداخل بقدر الامكان عندنا صداية

تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر فيمن حلف لا يشربها
وهو صائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم
فان ركنه الكف بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل فلن يجتمع الامساكان
في يوم واحد واستوضح المصنف رح تبعية العبادة بقوله الا ترى انها
تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف بنفي من الخروج والعبادة لا تتحقق
اداؤها بدون ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تجب
على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها
لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزوم وانا سلمنا
ان المقصود ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل والا لجاز التداخل في اقراء
عدة واحدة لحصول المقصود وتعين حرز تطويل العدة عنها واجيب
عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطئ والآيسة يحتمل كمال العلوق
فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطئ لان العدة تكتفي في ايجابها
بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها انما
فيها التعرف قائمة صيانة لماء الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول
محترم في نفسه كما ء الثاني وعن الثاني بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف
بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلث حيض في حصول المقصود لان المقصود
من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح وفائدته ومن
الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل
بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم
فكان السؤال واردا عليه وقوله والمعتدة من وفاة اذا وطئت
بشبهة تعتد بالشهور قال في المبسوط لو تزوجت في عدة الوفاة

وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق والوفاة
حتى مضت مدة العدة فقد انقضت العدة لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر
ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار
نفيا لتهمة المواضعة صدا ه

فدخل بها الثاني فرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام اربعة اشهر وعشر
وعليها ثلث حيض للآخر وتحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة
ايضا **قال** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق ابتداء العدة
في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوب العدة
الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب فان لم تعلم
بالطلاق او الوفاة حتى مضت عدة الوفاة فقد انقضت عدتها وقال
محمد اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم
بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ومشايخنا يريد علماء
بخارا وسمرقند رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار
نفيا لتهمة المواضعة لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح
اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء او يتواضعا على انقضاء العدة
لان يتزوج اختها او اربعا سواها وقال في الذخيرة اختيار علماء مشايخ بلخ
انه يجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق يعني
حتى لا يتزوج باختها وباربع سواها جزاء على الكتمان لكن لا يجب لها
نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة في
النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما او عزم الواطئ
على ترك وطئها والعزم امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار
بذلك بان يقول تركت وطأها او ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم
عليه وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب للعدة
اذ لو لم يطأها لم يجب عليها العدة ولنا ان كل وطء وجد في العقد وتقريره
القول بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان الوطء هو السبب الموجب

والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر من آخر الوطآت
لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة
لاستناد الكل الى حكم عقد واحد صدا ه

ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا يثبت العدة مع جواز وجود غيره
ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره
صدا ه

لكن جميع الوطآت التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطأة واحدة لاستناد
الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد واذا كان كذلك لم يثبت آخر
وطأة يترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لانه قبل ذلك جاز ان يوجد
غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطآت آخرا ومحرر هذه النكتة ان العدة
لا تثبت الا بآخر وطأة وآخر وطأة لا يوجد الا بالتفريق او العزم فالعدة
لا تثبت الا بالتفريق او العزم اما الاولى فلان العدة لا تثبت الا بآخر وطأة فبالاتفاق بيننا
وبين الخصم واما ان آخر وطأة لا يوجد الا بالتفريق او العزم فلما قال مع
جواز وجود غيره وقوله ولان التمكن على وجه الشبهة دليل آخر وتقريره
ان حقيقة الوطء امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة
وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم فالتمكن من
الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء واذا قام مقامها فمهما
كان التمكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطآت اذ التمكن باق
بعد كل وطأة فرضت فلا بد من المتاركة او العزم ليرتفع التمكن فيتعين
آخر الوطآت فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطء امر خفي لان الحاجة
الى معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطء ليست بخفية بالنسبة
اليهما قلت قد اشار الى الجواب بقوله ومساس الحاجة الى معرفة الحكم
في حق غيره اي غير الواطئ وهو الذي يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت
الموطوءة واربع سواها ولا خفاء في خفاء مفهوم كلام المص في التلبيس
ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خطر ببالي بعون الله في
جهد المقل دموعه وقوله واذا قالت المعتدة انقضت عدتي ظ
وقوله فتحلف كالمودع يعني اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها

واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج فالقول قولها مع اليمين لانها امينة
في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع
صدا ه

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل
وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها
تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة

واكمال العدة الاولى انما
وجب بالطلاق الاول
الا انه لم يظهر حال التزوج
الثاني هداية

وانكر المودع ذلك فالقول قوله مع يمينه لانه امين والقول للامين الا ليمين
قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا قال في النهاية هذه من المسائل
الموعودة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على اصل واحد
وهو ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني او لا
فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب
ظاهرة ووجه قول محمد ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل
طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة فان قيل فلما
يجب عليها اكمال العدة الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب
بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حاله التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا
طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة
الاولى كما لو اشترى ام ولده اي منكوحته التي ولدت منه ثم اعتقها فانه
يجب عليها ثلث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة
من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها
فسد النكاح ووجبت العدة الا ترى انه لا يجوز ان يزوجها وانما لم
يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة
في حقه ايضا فوجب حيضتان للفساد وهما يعتبران من الاعتاق ايضا ولكن من
الاحداد واما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد فيها
ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره اي والحال
انه بقي اثره اي اثر الوطئ الاول وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة
بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض الذي كان بالدخول مناب القبض
اي الدخول المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول

فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما اذا اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده
حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض بالنكاح
عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد
هداية

وهي في يده وعلى هذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت
بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب بعد وجوابه ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا
خرجت الحربية الينا مسلمة وان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا
هداية

في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان
الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان رجعيا معقبا
للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع بائن اجيب
بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والتشبيه لا يقتضي
ان يكون التساوي من جميع الوجوه الا ترى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل
المهر ووجوب كمال العدة لا في ما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع
بائنا وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله فهو في يده
انه طلاق بعد الدخول تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك
القبض عن القبض المستحق وقول زفر على ما ذكره واضح وقوله وجوابه
ما قلنا اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة
في يده الخ قوله واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت
الحربية الينا مهاجرة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدا بقال راغم فلان
قومه اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي
اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستامنا ثم اسلم او صار
ذميا والاخر على حربه فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هي الخارجة
فلا عدة عليها وانما قيد المص بقوله مسلمة بيانا لاحسن حالاتها فان تزوجت
جاز عند ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف
فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم
صحيح عنده ان كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة
لا عدة عليها من الخ واذا كان معتقدهم ذلك وقد بيناه في كتاب النكاح
يعني في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت

قوله تشبيه لا تحقيق اقول فيه دلالة على ان ما ذكر بل لا دلالة على انه كذلك حكما لا حقيقة بعد المضي قوله فقيد المص بقوله مسلمة ليعلم ... قال بعضهم بالطريق الاولى

وهذا كله قول ابي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف
في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة
هداية

واما المهاجرة ففرضه قولها ان الفرقة لو وقعت بسبب اخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما
اذا هاجر وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت
كان فيها حق بني ادم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا

بها بسبب اخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا
هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع لعدم تبليغ احكام
الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن نفى الجناح في
نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص
وقوله ولان العدة حيث وجبت دليل معقول وتقريره العدة حيث
وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل
الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتمليك وقوله
الا ان تكون حاملا لا يجوز ان يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد
معنى لان معناه والحربي لا حق له الا ان تكون امراته حاملا لان في بطنها ولدا
ثابت النسب والحمل الثابت النسب امنع من احتماله الا ترى ان ام الولد
اذا كانت حاملا لا تزوج من مولاها واذا كانت حائلا جاز له ذلك وهذا لان
الولد اذا كان ثابت النسب كان الواطئ حاملا فلو نكحها يستلزم الجمع بين
الواطئين ولا كذلك اذا لم يكن وللقائل ان يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم
ان تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة
على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله عليه السلام
من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته
الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى
الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا
والاول وهو انه لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل اصح لثبوت نسب الولد
بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له **فصل** لما ذكر نفس وجوب
العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل

لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة انه يجوز ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول اصح

فصل قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الاحداد اما المتوفى عنها
زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها
اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا

ما يجب على المعتدات ان يجتنبه وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة و
ابته والمبتوتة المرة واصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من
انقطع عنها حق الرجعة وهي تتنوع على ثلث وهي المختلعة والمطلقة ثلثا
والمطلقة بتطليقة بائنة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة
مسلمة الحداد وهي ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها واصل الحد
المنع يقال احدت احدادا في تحد منعت نفسها وحدت تحد حدادا
اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر
ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وفي وجه
الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها
لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما
هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن ان يقال قوله عليه السلام لا يحل نفي حلال
الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد نفسه فجاز كان في المستثنى اثبات
الاحداد لا محالة فكان تقدير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلثة
ايام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا فكان هذا
اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشارع اكد من
الامر وهذا النسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التأسف
على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى في كتابه لكيلا تأسوا على ما فاتكم
ولا تفرحوا بما اتاكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب اجيب بان
المراد بما في الكتاب فرح خاص واسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح
هكذا روى عن ابن مسعود رضه واما وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا
وقال الشافعي رح لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج

وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهار التاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تاسف بفوته ولنا ما روى ان النبي عم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب هداية

وفى بعهدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تاسف على فوته ولنا ما روى ان النبي عم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب رواه ام سلمة رض ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفى معناه ما روى الطحاوى فى شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعى قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم ادرك عصر الصحابة وزاحمهم فى الفتوى فيجوز تقليده وقوله ولانه وجب دليل معقول وتجوز ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره ان النص ورد فى وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان قيل الالم هذا فى المطلقة لم يتم فى المختلعة لانها قد ابعدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه فكيف تتاسف فالجواب ان الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التاسف بوضعه فلا يعتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الازواج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا فى الزوجات والازواج ليسوا فى معناهن لكونهن ادنى منهن فى نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عوا عن التغلب ولا كذلك الازواج وقوله والحداد ويقال الاحداد توقيف للحداد وكان موضعه اول

ولانه يجب اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها هداية

والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفى الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيهما وجهان احدهما ما ذكرنا من اظهار التاسف والثانى ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا يصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم وقد صح ان النبي عم لم ياذن للمعتدة فى الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا

يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا ان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا باس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب هداية

اول الكلام وفى الجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدورى وفى الوجع اشارة الى ان العذر هو التداوى لا الزينة وقوله والمعنى فيه اى فى ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثانى ان هذه دواعى الرغبة فيها لان المراة اذا كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها وهى ممنوعة عن النكاح ما دامت فى عدة الوفاة او الطلاق فتجتنبها كيلا يصير ذريعة اى وسيلة الى الوقوع فى المحرم وهو النكاح وقد صح ان النبي عم لم ياذن للمعتدة فى الاكتحال روى عن ام سلمة رض انها قالت جاءت امراة الى رسول الله عم وقالت ان زوج ابنتى توفى وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال عم لا مرتين او ثلثا وقوله والمراد الدواء يعنى ينبغى ان يكون مرادا بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله لما روينا اشارة الى قوله عم الحناء طيب قال ولا احداد على كافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها فى هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم اما الكافرة وهى الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشار الى ذلك بقوله عم لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر و اما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة فى اثناء هؤلاء استطرادا وهو غلط واما ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاصل هو الاباحة فى الزينة لاستمتاع النساء قال الله تع قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده فان قيل قد ذكر المص الى وجوب الحداد لاظهار التاسف ولكون هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها فان فات الاول فى ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثانى موجود

ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تع فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته وليس فى عدة ام الولد ولا فى عدة النكاح الفاسد احداد لانه ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاباحة اصل هداية

ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا قال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رض التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج

هداية

فيها لانها ممنوعة عن النكاح حال قيام عدتها فكان ينبغي ان يجب الحداد عليها للوجه الثاني اجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرناه من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وان قوله والاباحة الاصل اشارة الى الجواب عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيها احد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية الوجه الاخر فلم يثبت الحرمة

ولا ينبغي ان تخطب المعتدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الاية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء اخر وقد فسره ابن عباس رض في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله اكننتم في انفسكم اي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي وطيا لانه مما يسر الا ان يقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة ان تخرج من المنزل الذي كانت فيه وقت المفارقة الا اذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه او تعارضه على نفسها او مالها او اخرجها اهل المنزل بان كانت تسكن بكرا او كان زوجها غايبا ولا يقدر على الاجرة والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما عدم خروج

وعن سعيد بن جبير في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان اجتمع بك ولا يجوز للمطلقة الرجعية ولا المبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها

المطلقة

هداية

اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها فطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عم للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه

هداية

المطلقة فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج قاله ابرهيم النخعي وبه اخذ ابو حنيفة رح فيكون معناه الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي الا كافر ولا يزني احد الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن قاله ابن مسعود رض وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس رض هي نشوزها وان يكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها وقوله واما المتوفى عنها زوجها واضح وقوله وقال عم للتي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك بن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله عم استاذنت ان تعتد في بني خدرة لانه في بيت زوجها فاذن لها رسول الله عم فلما خرجت دعاها عم فقال لها اعيدي المسئلة فاعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب اجله يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على انها يجب عليها ان تعتد في منزل الزوج وعلى ان الخروج ببعض النهار لقضاء حوايجها جايز فانه عم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله والاولى ان تخرج هو ويتركها لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب اولى وقوله وان ضاق عليهم المنزل فلتخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت لعذر فان التعيين اليها لاستبدادها في امر السكنى وقوله واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو اما ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام او ثلثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها

قوله وثبت ان الخروج ببعض النهار [illegible] اقول كان الامر خصص [illegible] المنزل [illegible] قال المذهب ان الزوج [illegible] على الخروج من منزله بلا اذن [illegible] الاستفتاء [illegible] ابي المعين [illegible]

قوله ورعاية الواجب اولى اقول بل رعاية الواجب واجب

ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين او ثلث لا بد من سترة بينهما ثم ان ترك السترة فلا باس لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه

هداية

وان خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها فان كان بينها وبين مصرها اقل
من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس فيه ابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت ثلثة ايام
ان شائت رجعت وان شائت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد
ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد
في منزل الزوج هداية

سواء كان بينها وبين مقصدها ثلثة ايام او دونها اما اذا كان الى ثلثة ايام فقط
لان الى المقصد لا يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان اقل منها
فلانها لو رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل الى
المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها
واذا كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون بينها وبين المقصد ايضا ثلثة ايام او اقل
فان كان ثلثة ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت
مضت سواء كان معها ولي او لم يكن لان المكث في ذلك المكان اخوف
عليها من الخروج لان وضع المسئلة في الخروج الى مكة وغالب طريقها مفازة
ومعطش فلا بد من الخروج قيل وينبغي ان تختار اقرب الجانبين وهي في
هذه المسئلة كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر بغير محرم لانها خائفة
على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك وقال المص الا ان الرجوع اولى
ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان اقل مضت الى مقصدها لانها
اذا مضت لا يكون منشئة سفرا ولا سائرة في العدة مدة السفر وان
رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف
في الكتاب هذا الشق اعتمادا على ان يفهم من الشق الاول لانه اذا كان
الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان احدهما اقل تعين وقوله
الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر استثناء من قوله ان شاءت
رجعت وان شاءت مضت يعني ان لها الخيار في ذلك الا اذا كانت
المفارقة في مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان كان معها محرم فلا بأس
بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا

الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان معها محرم وهذا
عند ابي حنيفة وقالا ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج
مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة

هداية

وهذا عنده وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة
ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة
اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها
فولدت ولدا لستة اشهر من يوم
تزوجها فهو ابنه وعليه المهر

هداية

لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم
واذا ارتفع الحرمة عاد مباحا وقوله فهذا عذر اشارة الى نكتة اخرى
وهي ان النص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال
بعذر كانهدام المنزل وغيره واذى الغربة ووحشة الوحدة عذر
فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع
التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابي حنيفة رح ان العدة امنع من
الخروج من عدم المحرم كما ذكره في الكتاب وهو واضح والله اعلم بالصواب

باب ثبوت النسب

لما ذكر انواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما
يلزم من اعتداد اولات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب
ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة
اشهر من يوم تزوجها اي من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل غير ممتد
فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه
المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من
وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق
مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون
العلوق قبله اي قبل الطلاق في حالة النكاح فان قيل هذا نكاح
لا يتصور فيه الوطي والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون
ذلك لا يثبت النسب الا ترى ان نسب ولد جاءت به امرأة الصبي
لا يثبت لذلك اجاب بقوله والتصور ثابت بان يجعل كانه تزوجها و
هو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد

اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت
الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح

هداية

والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتأكد المهر به و
يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء العدة
لاحتمال العلوق في حالة العدة ولجواز ان تكون ممتدة الطهر هداية

قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط
وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش
ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه
الحكم اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني وان كان نادرا لكن
النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر اذا جاءت به لستة
اشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب
لان العلوق كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك
ان ولدت لاكثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة
قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علوق من
زوج اخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج
فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد
في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا
العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح
من زوج اخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال
النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واضاعة الولد ابعد
الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره في الكتاب
وهو واضح وفي رواية عن ابي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف
مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله
ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ظ وقوله ويحتمل بعده فلا يصير
مراجعا بالشك قيل عليه ينبغي ان يصير مراجعا لان الوطء فيهما حلال
فاحيل العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة فتثبت به المراجعة

قوله واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت الا ول ... وانت خبير بان تعيين وقت الطلاق ... من وقت النكاح ستة اشهر ... تخلل زمان ما ... على حذاق الموفقين ... فليتدبر ش

قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر اقول فانه كان مبنيا على النكاح فاذا بطل بطل ش

وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في
العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك هداية

وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها
فيصير بالوطء مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون
الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا هداية

واجيب بان في ذلك حمل امره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا له بالدلالة لا
الاشهاد بالفعل فاحيل العلوق الى ما قبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر
لانه لا يصح ح قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب ان يقول لا يصير
مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق وقوله لان العلوق
بعد الطلاق اذ الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين والظاهر انه منه و
الا لزم الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح فقيل لا نسلم انه لو لم يكن
منه كان من الزنا لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا اخر لا يقال
الوضع فيما اذا لم تتزوج لانا نقول الوضع انه لم يطأها في العدة اذ لو وطئها
لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف واجيب بانه نعم كذلك الا
ان الحكم بانتفاء نكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بالانشاء لنكاح اخر
فيجب القول به قال في النهاية الى هذا اشار فخر الاسلام في مبسوطه
وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام للسؤال والصواب في الجواب
ان المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا
ملزوم لتضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وح
يندفع السؤال لانا اذا جعلنا الولد من نكاح شخص اخر مجهول بقي الولد
ضائعا فكانه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا او بما في معناه فيه قال
والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين
يثبت نسب ولدها منه لاحتمال ان يكون الولد قائما وقت الطلاق
فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان
ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد
الطلاق والمراد اكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل فلا يكون منه

قوله وفيه نظر لانه لا يصح اقول الظاهر ان ... دفع التناقض ... والشك ... فلا يتوجه ... ش

قوله لانا نقول الوضع انه لم يطأها اقول الازدواج لا يكون الا بشهود فيكون امرا معلوما مشهورا بخلاف الوطء لانه يخفى ويستتر فلا يعلم الا بدليله ... بطل ش

قوله وفيه نظر اقول بل هو التزام للسؤال اقول لان تمام الكلام الا بنكاح اخر ما مقدمة الجواب ش

وان جاءت به لتمام سنتين من يوم الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه
لان وطئها حرام قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله فيه وجه بان وطئها بشبهة في العدة هداية

فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يثبت نسبه منه إلى سنتين لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة ولهما أن لانقضاء عدتها جهة معينة وهي الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله

هداية

قال المص ولهما أن لانقضاء عدتها أي أقول بخلاف الكبيرة فإن لانقضاء عدتها جهة أخرى كما يجي

لأن وطئها حرام وقوله إلا أن تدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعني أنه إذا ادعاه يثبت النسب منه وإن جاءت به لأكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه إلى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله لأنه التزمه أي التزم النسب عند دعواه وله وجه شرعي بأن وطئها بشبهة في العدة والنسب يحتاط في إثباته فيثبت قال فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف يثبت النسب منه إلى سنتين لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا وقت ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل إن الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل في سائر فيحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل أنها حبلت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر وإذا كان كذلك كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها إلى سنتين وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب لظهور بطلان إقرارها فصار كأنها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الأشهر لأنا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء أقرت به أو لم تقر وهو أي حكم الشرع في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله فلو أقرت بالانقضاء ثم ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب فكذا إذا حكم الشرع بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فإن لانقضاء عدتها جهة معينة وهي مضي أربعة أشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهرا

قال المص فإن كانت المبتوتة صغيرة إلى آخره أقول وفي البت لا يحل وطؤها ... المطلقة ثلثا ... الإشارات

هو ليدا عا قال ولم تقر بانقضاء العدة أقول فيه شيء بل الظاهر أن يقول إنما قال ولم تقر لأنها لو أقرت بانقضاء العدة بالأشهر ثم جاءت بولد لستة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق

وإن كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك عندهما وعنده يثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان وإن كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لأن بإقرارها يحكم ببلوغها

هداية

ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لأن الشارع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل لأنها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه الشك

هداية

ثم هناك يثبت النسب إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك والجواب سيأتي عند قوله إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وإن كانت الصغيرة مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما أي عند أبي حنيفة ومحمد رح يعني إن ولدت لأقل من تسعة أشهر يثبت النسب وإلا فلا وعند أبي يوسف يثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لأنها أعرف بما في رحمها فيحكم بإقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لأقل من سنتين في الطلاق البائن ولأقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي وقوله ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى حاصله أن في كل من الكبيرة والصغيرة أيضا الحكم على الأصل ولكن الأصل في الموصوفين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي بني عليه أيضا وذلك لأن الأصل في الكبيرة الإحبال فلم تتعين في حقها نفي جهة العدة بالأشهر والأصل في الصغيرة عدم الإحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعين جهة العدة بالأشهر لا يقال الأصل في الكبيرة أيضا عدم الإحبال لأنا نقول ذلك في حق غير المنكوحة فأما النكاح فلا يعقد إلا للإحبال وقوله وفيه أي في البلوغ شك والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزال بالشك وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد ظاهر وقوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله وإذا اعترفت المعتدة بإطلاقها حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى يتناول كل معتدة

وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر يثبت من وقت الإقرار ثبت نسبه لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة

هداية

بعد انقضاء العدة

وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان
إلا أن يكون هناك حبل ظ أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقالا يثبت
في الجميع بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب
والحاجة إلى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح
هدايه

يعني كانت من طلاق رجعي أو بائن بالأشهر أو بالحيض قبل ذكر الحكم عنهما
وقاضي خان أتى بالآيسة لو أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من
ستة أشهر يثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة إلا أن يأول بكل معتدة
غير الآيسة وهذا المخالف لما نقل عن الإمام فخر الإسلام وغيره في شرح
الجامع الصغير أن الآيسة إذا أقرت بانقضاء العدة مقيد بالثلثة
أشهر أو مطلقا في مدة يصلح لثلثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر
من وقت الإقرار يثبت النسب وإلا فلا قال وإذا ولدت المعتدة
ولدا أي إذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج
لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة رح ما لم يشهد بولادتها رجلان أو رجل و
امرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظ أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت
النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لأن
الفراش وهو تعيين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منها نسب كل واحد
تلده قائم بقيام العدة وهو أي قيام الفراش ملزم للنسب فلا حاجة
إلى إثباته وإنما الحاجة إلى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة
كما في حال قيام النكاح أو ظهور الحبل أو إقرار الزوج ولأبي حنيفة القول
بالموجب يعني سلمنا أن الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة هاهنا
انقضت بالوضع فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا كان النكاح قائما أو الحبل
ظاهرا أو الاعتراف به من الزوج صادرا لأن النسب إذ ذاك ثابت قبل
الولادة فلا حاجة إلى إثباته وإنما الحاجة إلى التعيين وذلك يثبت بشهادتها
قيل لا يحل نظر الرجل إلى العورة فما وجه شهادة الرجلين أجيب بأن
النظر لا يلزم بل إذا دخلت بيتا يعني الشهود وهم يعلمون أن ليس فيه

ولأبي حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب
ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا كان الحبل ظاهرا أو صدر الاعتراف لأن النسب ثابت
قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها
هدايه

فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه
في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظ لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه وأما في حق النسب
هل يثبت في حق غيرهم قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة
وقيل لا تشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه
الشرائط وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه
لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه
هدايه

عن ما ثم وقت مع الولد كفى لجواز أداء الشهادة وإذا ولدت المعتدة عن وفاة
قبل تمام سنتين ولدا فصدقها أي أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم ينقطع
الحكم بشهادتهم كرجلين أو رجل وامرأتين منهم فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا
في حق الإرث ظ لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما في حق النسب بالنسبة
إلى غيرهم فهل يثبت أو لا قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة كما ذكرنا وهم
عدول يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظ الشهادة وقيل لا تشترط
لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعا لا
يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الإقامة
وقوله وإذا تزوج الرجل امرأة ظ وقوله واللعان إنما يجب بالقذف
جواب عما يقال اللعان هاهنا إنما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة
القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لأن اللعان
في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه أن اللعان
يجب بالقذف والقذف موجود لأن قوله ليس مني قذف لها بالزنا
معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فإنه يصح بدونه فلم يعتبر الولد
الثابت بشهادة القابلة وإنما أضيف اللعان إلى القذف بجواز أنه
فإن ولدت المرأة ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر
وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها فإنها
تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح واعترض بوجهين أحدهما أن المرأة
تسند العلوق إلى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله
والثاني أن الظاهر شاهد له أيضا لأن النكاح حادث والأصل في
الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات وأجيب عن الأول بأنه

وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم
والمدة تامة وإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج
يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه
يصح بدونه
هدايه

فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الخلاف واذا قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رح
هداية

معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان سبق النكاح وهي تنكر فيكون القول قولها ويمكن الثاني بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على ان ظاهر حالها شاهد بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي ان لا تحرم فان قيل وجب ان تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود اجيب بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا والثاني انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا اتصل به تكذيب من جهة الشرع يبطل وقوله ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة وقوله واذا قال لامراته اذا ولدت فانت طالق ظ وقوله فيما يبتني عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولابي حنيفة ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان شهادتها ليست ضرورية في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل ان يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشيء

وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها
هداية

وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه لما بينا ولابي حنيفة ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة
هداية

اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المراة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا في المسئلة الاولى وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا يشير الى ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند افراده من الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الاولى فيلوح منه جواب الاعتراض هناك **قال** واكثر مدة الحمل سنتان اكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رض الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حالة الدوران والوضع لتقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال ورواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل اي ولو بدور فلكة والمعنى واحد في الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة رض قالته سماعا لان العقل لا يهتدي الى معرفة المقادير وانما قدم بيان اكثر المدة على اقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر وهذا تاويل ابن عباس رض ذكره في المبسوط فقال روي ان رجلا تزوج امراة فولدت لستة اشهر فهم عثمان رض برجمها فقال ابن عباس رض

واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رض الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر
هداية

والشافعي يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما روينا والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه صح

اما انها لو فاصحتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون
شهرا وقال وفصاله في عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل
الا ستة اشهر فدرأ عثمان رضي الله عنها واثبت النسب من الزوج قال
صاحب النهاية وهذا التقدير الذي ذكرهما في تاويل الاية يخالف ما ذكره
في الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلثون شهرا مدة لكل واحد من
الحمل والفصال ثم اظهر المنتقص في حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعا ثم
احتسب منها للفصال عامان بقوله وفصاله في عامين ومن ضرورته ان
يبقى للحمل ستة اشهر واجيب بان اسند لانه هناك انما كان بالنظر
الى الاية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى وجاز ان تكون الاية نظرا
الى ذاتها معتدة بحكم وبالنظر اليها والى غيرها معتدة لحكم اخر قال وقال
الشافعي رح يقدر الاكثر باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان
محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عقبة بقي في بطن امه اربع
سنين وكذلك هرم بن حيان فسمي هرما لذلك والضحاك بن مزاحم
هكذا فسمي ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم والحجة عليه ما روينا عن
عائشة رض والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه اي الى
مقدار مدة ما في الرحم قوله ومن تزوج امة فطلقها يعني بعد
الدخول ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم
اشتراها لزمه والا فلا لانه في الوجه الاول يعني اذا جاءت به لاقل من ستة
اشهر ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشرى لانها ولدته لاقل من
ستة اشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام
الفراش حكما وفي الوجه الثاني يعني اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر منه

ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا
لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشرى وفي الوجه الثاني ولد المملوكة
لانه يضاف الى اقرب وقته فلابد من دعوة
الحادث

وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين
من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشرى
ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة واحدة على الولادة فهي ام ولد له
لان الحاجة الى تعيين الولد
ويثبت ذلك بشهادة
القابلة بالاجماع

من وقت الشراء ولد المملوكة لانه يضاف الى الحادث اقرب الاوقات و
اقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المص رح هذا اذا
كان الطلاق بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب
الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف
العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء لان الامة تحرم حرمة غليظة
بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين واذا لم تحل لا يضاف العلوق الى اقرب
الاوقات بل الى ابعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وابعد الازمان
هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت
الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا فتحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف
الولد الى اقرب الاوقات فان كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة
فان قيل وجب ان ينكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة
غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم اجيب بانه وجب ان لا ينكشف تمسكا بقوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية
في الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم اقوى ومن قال لامته ان
كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي ام ولده
لان سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو
4 مني وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع
هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة
اشهر فصاعدا لم يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى
مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا بقيام الولد في البطن

ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه
وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها ميراث لان النسب كما يثبت
بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح
صح

[illegible]

[illegible]

وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية ويكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين
لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام ولده فلا ميراث لها لان
ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث **باب الولد من احق به**

وقت القول فصحت الدعوى وقوله ومن قال لغلام هو ابني ومات ولم يعرف
بانه ينبغي ان لا يكون لها الميراث في الاستحسان ايضا لان هذا النكاح
ثبت اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق
الارث واجيب بان النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع النكاح هو
سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق
الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا ينفك عنه شرعا وانما قال على ما
هو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ورد بانا
لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضي انما يثبت لتصحيح المقتضي
لا محالة كالمقتضي ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح
بان يكون عن وطي بشبهة او يكون الولد ولو ام الولد فلم يتعين ثبوت
النسب الا بالنكاح لا محالة وهذا السؤال فاسد نشا من عدم فهم وجه
الاستحسان فانه قال هي في المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا
يمكن ان يكون ام ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا
وعادة وح لا يكون عن وطي بشبهة وهو غلط

باب الولد من احق به

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا يحتاج
الى البيان واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روى
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة جاءت الى رسول الله عم
فقالت ان ولدي هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له
سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عم انت احق به ما لم تتزوجي
ولان الام اشفق عليه لزيادة اتصاله بها حيث ينفصل منها بالمقص
واقدر على الحضانة بلزومها البيت فكان التفويض اليها زيادة مرحمة

قوله ورد بانا الخ الراد هو الاتقاني تخ

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا
كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عم انت
احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر هداية

واليه اشار الصديق رض بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت
الفرقة بينه وبين امراته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكره ولا تجبر الام
على الحضانة لانها عست تعجز عنها وان لم يكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت
لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم يكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد هداية

وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فالكلام في الام اولى من الاخوات لانها

لمن هو مطلقها واليه اشار ابو بكر الصديق رض روي ان عمر رض خاصم ام عاصم
بين يدي ابي بكر رض لينتزع العاصم منها فقال له ابو بكر رض ريقها خير له
من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة حاضرون متوافرون ولم
ينكر احد والنفقة على الاب على ما سيجيء وقوله ولا تجبر الام عليه
اي على اخذ الولد اذا ابت او لم تطلب لما ذكره الا ان لا يكون للولد
ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية
لا شفقة لها عليه فان لم يكن له ام بان ماتت او تزوجت باجنبي فانها
كالمعدومة ح فام الام وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل
الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي اليه بام فهي
اولى ممن تدلي باب وتستوي في ذلك المسلمة والكافرة لان حق
الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين
على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحبارى فان لم يكن له ام الام بالتفسير
المار فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات وهذه الولاية
بالامومة ولهذا اي لكون الجدة من الامهات تحرز ميراث الامهات
السدس ولانها اوفر شفقة للولاد اي لاجل الولاد فان لم يكن
جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين و
لهذا قدمن في الميراث وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب
القرابة والاخت لاب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال في
كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلى به فان
الخالة تدلي بالام وقد تايد ذلك بقوله عم الخالة والدة وقد قيل
في تفسير قوله تع ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وقوله وتقدم

قوله الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم فيه ان غير ذي رحم اجنبي وجوابه لا يلزم ان يكون تخ

قوله فان لم يكن له ام الام بالتفسير اي بان ماتت او تزوجت باجنبي

فان لم يكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث
وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عم الخالة والدة وقيل في قوله تع ورفع ابويه على العرش
انها كانت خالته هداية

ويقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام
ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجح ذات قرابتين ثم قرابة
الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هولاء سقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان
اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قائم مقام ابيه
فينظر اليه وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة هداية

الاخت لاب وام ط ومعناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة
لما فيها من زيادة الشفقة قال في النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق
الا ترى ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام
وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها كذا في المبسوط والجامع
الصغير لقاضي خان وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق
العصوبة بها اصلا بخلاف قرابة الاب في استحقاق الحضانة فان لها
ذلك عند عدم قرابة الام قال وكل من تزوجت من هولاء سقط حقها
كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من
قوله م انت احق به ما لم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وقد
فات بعد التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا اي قليلا وينظر اليه
شزرا اي نظر المبغض فلا نظر له اذ ذاك الا الجدة اذا كان زوجها الجد
لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد
كالعم اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن
ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع
قد زال فان لم تكن للصبي امراة من اهله فاختصم الرجال فاولاهم به
اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه
في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم
دينا وورعا احق به لان ضمه اليه انفع لانه يتخلق باخلاقه فان
تساووا فاكبرهم سنا احق به لان حقه اسبق ثبوتا فيقدم المعارض
يترجح به كذا في المبسوط غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم
كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل يدفع الى

ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال وان لم تكن للصبي امراة من اهله
واختصم الرجال فيه فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه
غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة هداية

الخال

والام والجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير
حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على
الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على
التاديب والتثقيف وقدر الخصاف الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق
بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة اداب النساء والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى هداية

الخال تحرزا عن الفتنة كذا عن محمد رح وذكر الامام التمرتاشي فان لم يكن واحد
من العصبة يدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة ثم الى ذوي الارحام الاقرب
فالاقرب وقال محمد لا حق للذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى
ثقة يحضنه وقوله والام والجدة احق بالغلام واقع وذكر رواية
الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر ان المعنى
واحد وهو ظ وقوله اعتبارا للغالب يعني ان الصبي في الغالب اذا
بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية فيستنجي وحده و
قوله تحتاج الى معرفة اداب النساء كالغزل والطبخ وغسل الثياب
ونحوها والمراة على ذلك اقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين
بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة
والاب فيه اقوى واهدى لان بالرجال من الغيرة ما ليس للنساء
فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وروى هشام
عن محمد انها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة الى
الصيانة وحد الشهوة ان تبلغ احدى عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية
وقال الفقيه ابو الليث حد الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل اذا
بلغت ست سنين او سبع او ثمان ان كانت عبلة وقوله
ومن سوى الام والجدة يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات او
الخالات او العمات فانها تترك عندهن الى ان تبلغ حد التشهي على
رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتاكل وحدها
وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم اداب النساء لكن فيه
نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدة ولاية الاستخدام

وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق
بالجارية حتى تبلغ حد التشهي وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تواجرها
للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا هداية

والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق لهما
وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها
المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام
والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة
والراحة بتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر

صدايه

ولهذا لا تواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعلم بخلاف الام والجدة لقدرتهما
على الاستخدام شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة
في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق
في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها
المسلم بان كان زوجها مسلما ما لم يعقل الاديان او يخاف بالرفع على الا
ستيناف وبالجزم عطفا على يعقل ان يألف الكفر في ذهنه ولا خيار للغلام
والجارية بين الابوين وقال الشافعي لهما ذلك اذا بلغ سن التمييز
وسلم الى من اختاره فان اختار الاب لا يمنع من الزيارة وان اختار الام
فعلى الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة لان النبي عليه السلام خير غلاما
بين الابوين روى رافع بن سنان رضه انه اسلم وابت امرأته ان
تسلم فاتت النبي عليه السلام فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال
النبي عليه السلام اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما
ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال النبي عليه السلام اللهم اهدها فمالت
الى ابيها فاخذها ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة والراحة
وكلامه واضح ولكن قوله او يحمل على ما اذا كان بالغا فيه نظر لان المذكور
في القصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان
بالغا والجواب ان المص قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما
رويناه وما روي انه عليه السلام خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر
فاول المص الاول بقوله قلنا قد قال عليه السلام اللهم والثاني بقوله او يحمل على ما
اذا كان بالغا **فصل** لما فرغ من بيان من له الحضانة بين
ما تفعله من الاخراج الى الوطن وغيرها في فصل على حدة قوله واذا ارادت المطلقة

قال المص او يخاف ان يألف الكفر اقول قال ابن الهمام وهو روي بالنصب عطفا على يعقل [illegible]

وقد صح ان الصحابة رضه لم يخيروا واما الحديث فلنا قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر
بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا والله اعلم **فصل** واذا ارادت المطلقة

صدايه

قال واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب
الا ان تخرجه الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من
تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج به الى مصر غير وطنها وقد كان
الزوج تزوجها فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق

هدايه

بعد انقضاء العدة ان تخرج من المصر فذلك على اربعة اقسام اما ان
تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه واما ان تخرج الى ما ليس وطنها ولم
يقع العقد فيه واما ان تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج
الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي الاقسام العقلية فان اتفق
الامران جميعا بان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما
ذكره في الكتاب وقوله لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا دليل
المستثنى وقوله ولهذا يصير الحربي اي الشخص الحربي ذكرا كان او انثى
به اي بالتزوج في بلدة ذميا قال في النهاية وهذا وقع غلطا لان المذكور
في السير وذكر الصدر في سير سائر الكتب اذا تزوج المستامن ذمية
لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع واجيب بان الضمير في به
راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤول الى ان يقال انه بالتزوج
في بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه انه
بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فعاد المحظور وان لم يجعل متعلقا
بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال بمحل البحث ولا
يليق ذلك بمحل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز
ان يقال لا حاجة الى تغيير اللفظ لجواز ان يكون الحربي صفة الشخص
كما قدرنا في اول البحث ويراد به الحربية ولكن ذكره بتأويل الشخص
وبهذا يخرج عن كونه غلطا لكونه قلبا ومنهم من جعل من باب القياس
والاستحسان فجعل ما ذكر ههنا وجه القياس لان التزوج في بلدة يصلح
دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لا سيما اذا كانت المرأة ممنوعة
عن الخروج من تلك البلدة وما ذكر في السير وجه الاستحسان لان التزوج

قوله ويجوز ان يقال لا حاجة الى قوله لان [illegible] اقول ولا يخفى عليك ما فيه مع انه يخالف لما ذكره المص في وجه ما في مختصر القدوري من ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا فتامل [illegible]

وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع
التسليم في مكانه ومن جملته ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس
التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح

والى صل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا الكلام اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطلع ولده ويبيت في منزله فلا باس به وكذا الجواب في القريتين وهو انتقال من قرية المصر الى المصر فلا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر

هدايه

وان صلح دليلا على التزام المقام كتزوج الحربية الذمي الا ان قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع كونه دليلا هذا القياس والاستحسان غير منقول لعن السلف فلا يصح بنا الجواب على ذلك واجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه الا المنع من اطلاق الاسم عليهما واقول ان بنت في الحرب تزوج في بلد المسلمين ان يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجهه كل ما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب فهو واضح واما في عكس هذه المسئلة وهو ان تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات واما القسم الاخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اختصر عن ذكره لظهوره من الاقسام السابقة وقوله والى حصل ط عما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لا بد من وصف اخر هو شرط فيه ايضا وهو ان لا تنتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فانى يتسنى لها الانتقال اليها والجواب ان المراد مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب ثم خرجا الينا ووقعت الفرقة بينهما وارادت الرجوع الى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا والبا في ط

قوله وفيه نظر اقول فيه ان الفرض وقوع العقد في دار الحرب فكيف يتمشى النظر

اقول النفقة في الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق حضانة الولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشئ بما به يقوم بقاؤه

وليس فيه ضرر بالاب وفيه نظر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة هدايه

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل فيه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف

النفقة هدايه

ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية اصل النسب فيتقدم عليه والنسب اقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزءا منه وكذا على الوالدين قال النفقة واجبة للزوجة النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته امر بالانفاق واللام للوجوب وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما يعرف انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للوجوب وقوله عليه السلام في حجة الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا وان لا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا لحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وتنوقض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته

ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فيستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا

هدايه

قال رض وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات

هداية

ليست عليه بل على الراهن واجيب بان المرتهن محبوس بحق الراهن ايضا
وهو كونه موفيا عند الهلاك فلهذا لم تجب النفقة على المرتهن وهذه الدلائل
يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة لا فصل فيها بين المسلمة والكافرة
ويعتبر في ذلك حالهما هذا لفظ القدوري قال المص وهذا اي اعتبار
حالهما في ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره اي تفسير قول
الخصاف وهو على اربعة اقسام قسمة عقلية انهما ان يكونا موسرين
او معسرين او الزوج موسرا والزوجة معسرة او بالعكس من ذلك ففي الاول
تجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث نفقتها
دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل
الحلوى واللحم المشوي والباجات والمراة كانت تاكل في بيتها خبز
الشعير لا يؤمر الزوج بان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت المراة
تاكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة او باجتين
ولم يذكر المص القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر
في كتابه يفرض لها نفقة خادمة يعني وسطا كما قال له يكلف ان يطعمها
خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها الضرر ولم يزد على ذلك فهم من القسم
الثالث من توسط الحال وقال في ظاهر الرواية يعتبر حال الزوج لانها
لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا حسب
حاله وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي وهو ظاهر الرواية
عن اصحابنا والدليل عليه قوله تع لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه
رزقه فلينفق مما آتاه الله اعتبر حال الرجل في الحالين جميعا وامره
بالانفاق فلا مصير الى غيره ووجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما

لا يؤمر

قوله والخصاف ذكر في كتابه اول يعني القاضي يفرض لها نفقة خادم

وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تع لينفق ذو سعة من سعته ووجه الاول
قوله عم لهند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف

هداية

اعتبر حالهما وهو النفقة فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات
فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته

هداية

قوله عم لهند امراة ابي سفيان روى البخاري باسناده الى عائشة رض
ان هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس
يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال عم خذي
ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها ولقائل ان يقول هذا الدليل
غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل
على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو
بيان اعتبار حالها واما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به
فاذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع
بينهما بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير
التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب ان الحديث
مفسر لقوله تع وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فيكون
المعارضة بين الآيتين فيجمع بينهما قال المص اختيارا منه لقول الخصاف
وهو اي اعتبار حالهما هو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية و
الفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة يعني على كفايتها
نظرا الى حال الزوج واجاب عن قوله تع لينفق ذو سعة من سعته
بقوله ونحن نقول بموجب النص بانه مخاطب ان ينفق بقدر وسعه
لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن ان زاد كفايتها على ما في وسعه
يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا تؤديه مع العجز وقوله
ومعنى قوله بالمعروف الوسط اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله
وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تع قال على
المولود له اعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى ان لا يزاد على ما في وسعه

قوله والحديث لا يعارض الآية

هو الفقه نخ

ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي
انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه

هداية

فان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من جهته فيجعل كلا فائت صح هداية

ان كانت حالهما مختلفة ووجه كونه جوابا انه اذا كان معتبرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب وقوله وهو اي بقوله عم خذي من مال زوجك ما يكفيك تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه لانها مما يختلف فيها احوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير بمد يكون اضرارا **قال** وان امتنعت من تسليم نفسها ان امتنعت المرأة من تسليم نفسها قبل الدخول او بعده على قول ابي حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المعجل او لا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فمطالبة احدهما لا تسقط الآخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك وانما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا او كرها فلا تبطل النفقة فان كان المنزل ملكها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهي بمنزلة الخارجة من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها فالجواب اما لا نم انها لا تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له وذلك قد يشير الى التسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور وقوله بخلاف ما اذا امتنعت متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله وان كانت صغيرة

وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها فاذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها صح هداية

وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع والمرأة كبيرة فلها النفقة من ماله لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين صح هداية

لا يستمتع بها اي لا توطأ فلا نفقة لها سواء كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها و الاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة الى المقصود المستحق بالنكاح و هو الجماع او دواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة واجيب بان الدواعي غير فائتة بان يجامعهن تفخيذا او غيره بخلاف الصغيرة كما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة و يمكن جماعها فيما دون الفرج تستحق النفقة وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة ولنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية و الداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا يكون النفقة عوضا لئلا يجتمع عوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة **وقوله** وان كان الزوج صغيرا بيان ذكر العجز من جانبه وهو ظ ولم يذكر العجز من الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغير وجبت كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبير قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها واكثر ما يكون في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب وقوله واذا حبست ظ وقوله والفتوى على الاول يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمغصوبة فيما مضى وقوله لان فوات الاحتباس

واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا صح هداية

وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن يجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع ووجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت وجبت النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب النفقة لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه هداية

ليس منه ليجعل باقيا تقديرا بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس فاذا كان الفوات لا بمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقة قوله وكذا اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج لا تجب النفقة لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر وكلامه واضح قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه قوله فان مرضت في منزل الزوج على ما ذكر في الكتاب ظ وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين وقوله وفي لفظ الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج ثم مرضت فيه قال وتفرض على الزوج النفقة لما كان قوله وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وقد ذكر وجه وجوبها وهو ظ واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة او لم يكن مملوكا لها لا يستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار ملكها الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا تستوجبه كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها تستحق وقوله ولا تفرض لاكثر من خادم واحد ظ وقوله قالوا يعني المشايخ ان الزوج الموسر تلزمه نفقة الخادم والكبار يعني مقدار ما يعتبر في حرمان الصدقة لا نصاب وجوب الزكاة وقوله وهو ادنى الكفاية يعني ينقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الادام دون الخبز واعلى الادام اللحم واوسطه الزيت وادناه الملح او اللبن وقوله فلذلك لما قال محمد

ولا تفرض لاكثر من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهي ادنى الكفاية هداية

وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا يجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر هداية

يعني ما قال محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم تجب عليه نفقته لانها اذا كان لها خادم تجب عليه نفقتها فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فتجب عليه نفقتها فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فتجب عليه النفقة كما لو كان موسرا وقوله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه اي اشتري الطعام نسيئة على ان تؤدي الثمن من مال الزوج وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان قال الى ان القاضي منابه كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق ولنا ان حقه بالتفريق يبطل اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتأخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني والاول اقوى في الضرر فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى وقوله وفوت المال وهو تابع جواب عن القياس على الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع فان قيل لا فائدة في الامر لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه اجاب بان فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج بغير رضا الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي فكانت المطالبة عليها دون الزوج واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا

وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج هداية

وإذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فإذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها وإذا مضت مدة فلم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى هداية

غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصل مجتهد فيه اعني التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا ينفذ قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى القاضي فامضى قضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وقوله وما قضى به جواب عما يقال ينبغي ان لا يتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقريره ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقدير ما لم يجب واجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يتصل فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذه المنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لان ما يكون لازما لحكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير وكذلك الحكم في عكس هذه المسئلة قوله واذا مضت مدة ظ وقوله على ما مر من قبل يريد قوله لان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي ان تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب اجيب بانها صلة من وجه وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة

لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض هداية

وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانها عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه قال وان اسلفها نفقة سنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة هداية

لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بالمؤكد وهو القبض والصلح في هذا بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر متصل بقوله ليست بعوض وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة وما كان امرها بالاستدانة عليه ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت لان القاضي لما امرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدان بنفسه لم يبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد واجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة ان يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت قال في الايضاح انها وان صارت دينا عليه ولكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض وقوله قال الشافعي ط قال وجوابه قد بيناه اشارة الى ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا يكون النفقة عوضا عن البضع وقوله وان اسلفها نفقة السنة يعني اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم يرجع ولا على تركتها بشيء في قول ابي حنيفة وقال محمد يحتسب لها بنفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لانه يسير فصار في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة في الحال لا يسترد

كالهبة تبطل بالموت قبل القبض فيه انما قيدنا بقوله وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها بذلك لم تسقط بموت احدهما

ولهما انها صلة وقد اتصل بها القبض فلا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد منها شيء بالاجماع وعن محمد انها اذا قبضت نفقة الشهر فما دونه لا يسترجع منها لانه يسير فصار في حكم الحال هداية

وإذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه إذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب
في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله أي للمولى
ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة وان مات العبد سقطت وكذا ان قتل في الصحيح لانه صلة
وان تزوج الحر أمة فبوأها مولاها معه بيتا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس والتبوئة ان يخلي

بينه وبينها في منزله ولا
يستخدمها هداية

بالموت وكذا الاسيرة ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله وإذا تزوج العبد حرة
ط قال شمس الائمة السرخسي فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى بيع ثانيا
وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة وهذا لان
النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان فذاك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر
الديون فلو مات العبد سقطت النفقة لا يواخذ المولى بشيء لفوات محل
الاستيفاء وكذا اذا قتل وقوله في الصحيح احتراز عن قول الكرخي انها لا تكون
في قيمته قال الشيخ ابو الحسن القدوري الصحيح ان تسقط لانها صلة والصلات
تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط
بالموت لا في دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن
المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب وان تزوج الحر أمة فبوأها ط
قوله فلا نفقة لها لعدم الاحتباس قبل عليه الاحتباس من المولى بحق له
شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل صداقها فينبغي ان لا يسقط واجيب
بان الحرة اذا حبست نفسها بالصداق فالتفويت انما جاء من قبل الزوج
حين امتنع من ايفاء ما لزمه واما ههنا فالتفويت من قبل الزوجة وقوله
والتبوئة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بوأها مرة يجب عليه ان
يمضي على ذلك ولا ينقضها وتقرير الجواب التبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح
اي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بوأها ثم بدا له ان يستخدمها
كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح وقوله
ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها ط وام الولد في هذا اي في
عدم وجوب النفقة والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت
باذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج الى التبوئة لاستحقاق النفقة لان

ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لفوات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح
ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لم تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا
والمدبرة وام الولد في هذا كالامة هداية

141

فصل وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها كالنفقة
فيجب لها وقد اوجبها الله تعالى مقرونا بالنفقة فاذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن
على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع الزوج ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد
من غيرها فليس له ان يسكنه معها لانها ... ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها

منافعها على حكم لضرورتها اخص بنفسها وبمنافعها بعقد الكتابة واذا لم يبح
للمولى ولانه الاستخدام فكانت كالحرة فصل لما فرغ من بيان النفقة
شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها
احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة
وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة حيث قال اسكنوهن من حيث سكنتم
من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رض اسكنوهن من حيث سكنتم
وانفقوا عليهن من وجدكم واذا وجب السكنى حقا لها ليس له ان يشرك غيرها
فيها لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن
الاستمتاع وكلامه واضح وقوله وهو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل
الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر واذا غاب الرجل وله
في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي
في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه وان لم يعترف به الرجل
ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر بان حق
الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند
امرأة ابي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فان
اقراره ههنا اشد قبولا من اقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين
طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر الامرين من الزوجية
والوديعة لا تقبل بينة المرأة فيه اي في احد الامرين لان ما في يده ان كانت
لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة
فالمرأة ليست بخصم في حقوق الغائب واذا ثبت عليه الحق باقراره تعدى
الى الغائب لكنه اقر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة

وولده ما من غيره واهلها من الدخول عليها لان
المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا
يمنعهم من النظر اليها وكلامها اي وقت
اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس عليه له
في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام
وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث
وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى
الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة
وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو
الصحيح هداية

واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب واولاده الصغار
ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية وبالوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من
مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة
فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب
هداية

وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير
او طعاما او كسوة من جنس حقها فاما اذا كان من خلاف جنس حقها لا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال
الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر
لانه يعرف امتناعه لكن لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة
او طلقها الزوج فانقضت عدتها
فرق بين هذا وبين الميراث اذا
قسم بين ورثة حضور بالبينة
ولم يقولوا لا نعلم وارثا آخر حيث
لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة
لان هناك المكفول له مجهول
وهنا معلوم وهو الزوج
منه

ويبين ما اذا احضر صاحب الدين غريما للغائب او مودع ماله وهما معترفان
فثبوت دين المدعي على الغائب فان القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة و
الدين واجيب بان امر القاضي في حق الغائب انما هو للنظر له وفي الامر بالانفاق
على المرأة ذلك بابقاء ملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير
بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يأمر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب
فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله اولى وكذا اذا كان المال في يده مضاربة لانه
امانة من وجه وكذا اذا كان دينا وقوله وهذا اي ما ذكرنا من جواز فرض
القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم او دنانير او طعاما
او كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض
النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب فيهما بالاتفاق اما عند
ابي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر
على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب بطريق الاولى واما عندهما
فان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع ولا يقضي
على الغائب لعدم ذلك قال ويأخذ منها كفيلا نظرا للغائب من بيده المال
اذا اعترف بالزوجية ينظر القاضي فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت
دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء
نفقتها فان اتفق ذلك كان الزوج مخيرا في اخذ ايهما شاء من المرأة والكفيل
وكلامه واضح ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء يعني زوجة الغائب و
ولده الصغار ووالديه واما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات و
الاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب
وقوله لانه مجتهد فيه قيل لان الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين
والمولودين

ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب ولا يقضى بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة
قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا وكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم انما تجب نفقتهم
بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز
منه

ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او انه لم يخلف مالا فاقامت البينة
على الزوجية ليفرض لها القاضي النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي فيه بذلك لان فيه
قضاء على الغائب وقال زفر يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر على الغائب فيه فانه لو حضر وصدقها فقد
اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن
الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو فصل
مجتهد فيه وفي هذه المسألة
اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها
منه

والمولودين وفيه نظر سنذكره وقوله ولو لم يعلم القاضي بذلك متصل بقوله
وكذا اذا علم القاضي بذلك وقوله ولو لم يكن يعني الرجل مقرا به متصل بقوله
معترف به وبالزوجية وقوله فاقامت البينة على الزوجية يعني في
الصورتين اذا كان ثمة وديعة لكن ينكر الزوجية او اقامتها ليفرض القاضي
نفقة فيما اذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضي بالزوجية وكلامه ظاهر وقوله في
هذه المسألة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها من تلك الاقاويل ما ذكره من قولهم
اذا جحد المديون او المودع الزوجية بينهما والمال في يده فقد كان ابو حنيفة
يقول اولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل بينتها ومنها ما اذا لم
يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضي ان يسمع بينتها على
النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجب الى ذلك
لان هذا قضاء على الغائب وهذا قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها
الى ذلك وهو المذكور في الكتاب وان كان للغائب دين او وديعة وكل من
المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يأمر اولا بالانفاق
من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا ونظر الغائب في البداءة بالوديعة
لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين **فصل** لما فرغ من بيان النفقة
والسكنى حال قيام النكاح بينهما بعد المفارقة واذا طلق الرجل امرأته فلها
النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة
وهي التي طلقها الزوج ثلاثا او طلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت
حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء
كما تقدم واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس الحديث اخرجه مسلم
وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقوله لانا عرفناه

فصل واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي لا نفقة
للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء واما
البائن فله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة و
لانه لا ملك وهو مرتب على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه
بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية
منه

ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فيجب لها النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصارت كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رضه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله عم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضه ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص

عبادة منها الا يرى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت ولا يمكن ايجابها في ملك الورثة

اي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تع وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه في المطلقات اخر الاية وهو قوله حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مقيدة بوضع الحمل وقوله وصار كما اذا كانت حاملا اعترض عليه بان الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فايدة واجيب بان الفائدة رفع الاشتباه وبيانه ان الحائل تستحق النفقة بثلثة قروء وكان لاشتبه بان الحامل ايضا تستحق ذلك المقدار او زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في جميع المدة الحمل حتى يضعن حملهن وقوله ولا ندع كتاب ربنا يريد قوله تع اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فوجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملكه الا الاسكان فانه قد يملك اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يمكن الانفاق من غير ملكه وكان تقديره والله اعلم ما تلاه ابن مسعود رضه وانفقوا عليهن من وجدكم وقوله وسنة نبينا يريد به قوله عم سمعت رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وقوله ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد هو زوج فاطمة بنت قيس الراوية قال ان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده وقالت عائشة رضه تلك امرأة فتنت العالم اي بروايتها هذا الحديث قوله ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظ وقوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة باتي فرقة جاءت لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمعصية من قبلها واما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما يسقط نفقة المرتدة اذا خرجت للحبس من بيت العدة

وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر

وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث فلا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

واما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال في النهاية وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات الثلث واما المعتدة بالطلاق الرجعي اذا وطئها ابن الزوج او قبلها لشهوة وهي مطاوعة او ارتدت فحبست او لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعي لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف البائن

فصل

لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الاولاد نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره في ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تع وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظ قوله تع وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى وقيل وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لان الحكم ترتب على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علية ذلك المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس فلا يجوز ان يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما يجب النفقة على نفسه يجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولادة فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز ان يقال استدل بالاية على نفي مشاركة احد

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تع وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب

عناية

فان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عست لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا يوجد تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستأجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استأجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه هداية

في نفقة الزوجة بتقديم الظرف ودلّ عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة بهما واذا انتفى الاشتراك فاما ان يثبت على الاب او على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول وان كان الصغير رضيعا فليس على الام ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما انه تجب عليه نفقته اذا فطم تجب عليه ان يستأجر من ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار فمعناه حين يفعلن فلا يحتاج الى الجواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب او الوجوب اذا لم يوجد من ترضعه او لم يقبل الصغير ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المص بقوله اما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع او هو محمول على الوجوب عليها ديانة حتى لا يجوز استيجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته او عدته على ما ذكره في الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان بمعنى الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن في المطلقات واوجب ايتاء اجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفي ذلك ابطال العمل باحدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح وقوله ونفقة الصغير واجبة

قوله لا يقبل الاشتراك اقول فيه تأمل

قوله وان كان معناه الامر اقول الامر للايجاب والتقييد لا بد له من دليل والاصل هو الوجوب في القضاء

وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى يجوز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ولو استأجرها وهي منكوحة او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستأجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية فصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق به لانها اشفق فكان نظر الصبي في الدفع اليها

هداية

عناية

وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه

هداية

على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن بنفسه والاب كافر او على العكس لان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الآية ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يعني وجوب النفقة بازاء الاحتباس الثابت به اي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة والكتابية موجود والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود ولكن لم لا يجوز ان الكفر منافيا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها واقول لو استدل على نفقة الزوجة ايضا باطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الآية كان اسهل بمعناها لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعله هنا العقد الصحيح وجعله في قوله وعلى المولود له الولاد وقيل الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله في جميع ما ذكرنا اي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال لتشير الى عمومه بوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة او من غير جنسها او دورا او عقارا او ثيابا قال في الذخيرة اذا كان للصغير عقار او ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة الانسان ان يكون في ماله

واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا والله اعلم بالصواب

هداية

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه
اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت بالابوين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى
ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم مقام الاب عند عدمه ولانهم
تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب النفقة في ماله اولى
من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع
ذلك باختلاف الدين لما تلونا
هداية

نفقة صغيرا كان او كبيرا واعترض بان نفقة المراة على زوجها وان كان لها
مال والاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير
الا بامور ضرورية وقد تحقق في نفقة المراة امر ضروري فتغير وذلك لان
نفقة المراة في مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس فما كانت النفقة واجبة
تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى

فصل لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد ويجب على الرجل ان
ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه
اما الابوين فلقوله وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم
فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا قيل نزلت في سعد بن ابي وقاص
حين اسلم وقالت له امه حمنة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا
يظلني سقف من الضح والريح ولا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى
ما كنت عليه وكان احب ولدها اليها فابى سعد وصبرت هي ثلاثة ايام
ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة ايام حتى غشي عليها فاتى سعد النبي عم
وشكى ذلك اليه فنزلت هذه الاية وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله ويترك
ما كان سببا له في تلك المعيشة يموت من الجوع وقد فسر النبي عم
حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا وكلامه واضح
قوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المص ههنا
ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه اولا
قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن ايضا كسوبا يجبر
الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على
ذلك فاعتبره بذي الرحم المحرم بناء على ان استحقاق النفقة للفقر والحاجة

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة
فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها بحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة
وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم
على المسلم وان كانوا مستامنين
لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا
في الدين
هداية

وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي يحتاج الى الفرق
بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب
على الاب نفقته وفرق بينهما بتفضيل الوالد حيث اعتبرت حاجة ضرورية كانت
كالنفقة والكسوة او غيرها كالشهوة في الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد
جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط ههنا
عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت
المساواة مع قيام دليل المفاضلة وقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين
ظ وقوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن
الذين قاتلوكم في الدين الاية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا
فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين واجيب بان [illegible]
يقتضي اما التعارض المنتفي او الترك الممتنع فيحمل على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب
وقوله ولا يجب على النصراني نفقة اخيه المسلم من فروع قوله ولا تجب النفقة
مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق
عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني قوله عم
من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلا قوله ودوام ملك
اليمين ادنى في القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى
الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون ادنى ولان الانفاق صلة
احياء حقيقة وصلة العتق صلة احياء حكما ولا شك في ان الاحياء الحقيقي اعلى
والجواب ان الحاجة الى النفقة معدومة لاندفاع عجزه بان يسال الناس
او يبره احد من غير سوال فالهلاك جوعا في العمران مع توفر اصحاب الزكوات
والصدقات والمعروف نادر واما الحاجة الى الاعتاق فانها لا تندفع الا من جانبه

ولا يجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذلك لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث
بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين
اكد ودوام ملك اليمين ادنى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا
افترقا
هداية

ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره و
لأنه أقرب الناس إليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية
وهو الصحيح لأن المعنى يشملهما هداية

وأما كون الإحياء الحقيقي إعلاما للحكم فبعد تسليمه مردود بعدم تعين كتفقهم
جانبه لما قلنا **قال** ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد أي لا يشارك الولد في نفقة
أبويه أحد من الإخوة والأخوات والأعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لأن لهما تأويلا
في مال الولد بالنص وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك فكانا غنيين بماله
والغني لا يجب نفقته على غيره فإن قيل التأويل يثبت بخبر الواحد ولا يعارض
إطلاق قوله تع وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور فيجوز به الزيادة
سلمنا أنه من الآحاد لكن ترك إطلاق وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من
الدلائل الدالة على تقييد ما بغير قرابة الولاد المستند إليها قوله تع وعلى المولود له
رزقهن الآية كما تقدم فإن قلت لما مساواة بين الآيتين لأن قوله تع وعلى المولود
له رزقهن يقتضي الإيجاب على الجد للابن كما أن قوله تع وعلى الوارث مثل ذلك
يقتضيه قلت لا يثبت للوالد التأويل في مال الولد بالإجماع صار غنيا به والغني
لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن وقوله ولأنه أقرب الناس
إليهما أي الولد أقرب الناس إلى الوالدين هو الأقرب إليهما أو لاستحقاق نفقتهما
عليه لأنها صلة وجبت بالقرابة فمن كان أقرب فهو أولى باستحقاق له وعليه وهي
على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رح
أن النفقة بين الذكر والأنثى للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث
وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لأن المعنى يشملهما
وبيانه أن استحقاق الأبوين إنما هو باعتبار التأويل في حق الملك لهما في مال
الولد بقوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث
فيكونان سواء ولهذا ثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وال
التقدم التوارث فقوله وهو الصحيح احتراز عن قول الحسن وقوله والنفقة

قوله قلت إلخ قوله والغني لا يجب نفقته
أول فكان إلى التعقيب بالحديث
لأن الإجماع لا يصلح مقيدا
ح

لكل

والنفقة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا
زمنا أو أعمى لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقال
الله تع وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك هداية

لكل ذي رحم محرم مبتدأ وخبره محذوف أي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل
نكاحه على التأبيد واجبة إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة
أو كان ذكرا فقيرا زمنا أو أعمى لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون
البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم يدل عليه قوله تع وعلى الوارث مثل ذلك
فإن ذلك للإشارة إلى البعيد فيكون إشارة إلى أول الآية وهو قوله تع
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على أن على الوارث النفقة وتقييده
بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود رض وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك
ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبي عم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها
لذلك الصفات المذكورة وهي الصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة الحاجة
لتحقق العجز فإن القادر على الكسب غني فإن قيل ما بال الأبوين لم يعدا غنيين
بقدرتهما على الكسب أجاب بقوله بخلاف الأبوين إلخ وهو اختيار شمس الأئمة
السرخسي وهو ظاهر الرواية وقد مناه وقوله تجب ذلك أي النفقة
على قدر الميراث ويجبر عليه أي على الإنفاق أما التقدير فلأن الله تع نص على
الوارث مثل قوله وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لأنه رتب
الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته
وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على
قدر الميراث وعلى هذا إذا كان زمنا معسرا وله ابن صغير أو كبير زمن و
للرجل ثلاثة إخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم
أسداسا بحسب ميراثهم فأما نفقة الولد فعلى الأخ لأب وأم خاصة
لأن ميراث الولد له عند عدم الأب خاصة فإنه عم لأب وأم فلا يرث
معه العم لأب ولا العم لأم والأصل أن من يكون محتاجا يجعل معدوما

قوله فإن ذلك للإشارة إلى البعيد أقول لا لأن الأقرب
الذي هو النحر عن المعاذة على ما فسر به ابن الضياء
ح

ثم لا بد من الحاجة والصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز فإن القادر على الكسب غني
بكسبه بخلاف الأبوين لأنه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فيجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب
قال ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولأن الغرم بالغنم والجبر
لإيفاء حق مستحق هداية

قال ويجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان
الميراث لهما على هذا المقدار قال رض هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل
النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير هداية

ويكون النفقة بعد ما على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان للوالد ابنة
كان نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة اما نفقة الابنة فلما
بينا واما نفقة الاب فلان الوارث هنا الاخ لاب وام خاصة لان الاخ لاب
وام يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة ان يجعل البنت كالمعدومة
ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة
فلا بد من ان يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب
وام والاخ لام اسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك وهذا كله اذا كان الميراث
فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم واما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما كان للصغير الفقير
خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذي الرحم المحرم الذي لم يرث لا على غير
ذي الرحم المحرم هو وارث فيكون ما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذي
يحرز الميراث لان النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك
فيجب عليه ما سيذكر في الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث
بالنص فكان الواجب ان يجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا يجب على
الخال لكونه غير وارث اجيب بان نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقا
للصلة ووراثة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه بخلاف الخال
فان صلته واجبة والنفقة منها فيجب عليه **قال** ويجب نفقة الابنة البالغة
والابن الزمن كلامه ظ قوله ووجه الفرق بين نفقة الولد الصغير
حيث وجب كلها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب
ثلثاها على الاب والثلث على الام كما في الارث هو اجتمعت للاب في الصغير
ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه
في النفقة على نفسه فكذا في النفقة على الصغير واما الكبير فليس للاب ولاية عليه

قوله اجيب بان نفقة ذي الرحم اقول في الجواب قصور فان وجوب النفقة متعلق بالمحرمية [illegible] ابن العم [illegible] بعد موت المنفق [illegible]

ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة
فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية عنه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث
حتى يكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا هداية لبلوغه

ونفقة المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على مقدار الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث
في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم يكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا يجب
نفقتهم على اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا يجب على الفقير لانها تجب صلة وهو
غيره فكيف يستحق عليه بخلاف
نفقة الزوجة وولده الصغير لانه
التزمها بالاقدام على العقد اذ المقاصد
لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار
هداية

لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما اثلاثا
فكذلك نفقته وقوله اخماسا على قدر الميراث يعني ثلاثة الاخماس من
الميراث يكون للاخت لاب وام والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك
النفقة على هذا التفصيل وقوله غير ان المعتبر استثناء من قوله وفي غير
الوالد يعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو ان لا يكون محروما وفي
كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله
فان المعسر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال
وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا
راجع الى قوله لا احرازه وقوله ولا يجب نفقتهم مع اختلاف الدين
راجع الى قوله المعتبر اهلية الارث وقوله ولا بد من اعتباره اي اعتبار
الارث بان يكون اهلا لا محرزا ولهذا قلنا لا يجب على الفقير نفقة اخيه
المسلم ولا الكافر وقوله ولا يجب على الفقير ظ وقوله بما يفضل على نفقة
نفسه وعياله شهرا قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته او بما
يفضل على ذلك من كسبه الدائم اذا كان محترفا ينفق من كسب يده وقوله
والفتوى على الاول يعني ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب
حرمان الصدقة وهو مائتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو
الصحيح لان النفقة اشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه
والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب
للزكوة فلان لا يشترط ههنا وهي مؤنة من كل وجه اولى ونقل في خلاصة
الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر ابا يوسف يشترط نصاب الزكوة ثم
قال في الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الفتوى ان ينفق منه

قوله لكن النصاب نصاب حرمان اقول لا يكاد يرى [illegible] عن ابي يوسف [illegible] البيان [illegible] نصاب حرمان الصدقة [illegible] لوجوب المواساة [illegible] صدقة الفطر انتهى

قوله وهي مؤنة من كل وجه اقول فيه بحث [illegible] صدقة الفطر [illegible] عباده [illegible]

ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله
شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه
للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة ~~واذا كان للابن الغائب~~ هداية

واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند
ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها
بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة
ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فللاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب
الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف
حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر

واذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغر جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق هداية

درهم لا تجب وان كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه وقوله وقد بينا الوجه فيه يريد ما تقدم من قوله ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء
الا قوله ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله واذا
باع ابوه متاعه ظ وقوله وكذا لا يملك الام في النفقة مخالف لما ذكر في الاقضية م
وما ذكره القدوري من جواز البيع للابوين فاما ان يكون في المسئلة روايتان
في رواية الاقضية والقدوري تملك الام البيع كالاب لان مع الولادة
تجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء واما ان يكون ما في الاقضية
والقدوري ما ولا باع الاب هو الذي يبيع لكن لنفقتهما فاضاف البيع
اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظ وقوله لان للاب
ولاية الحفظ في مال الغائب اعترض عليه بانه كذلك لكن الفرض انه يبيعه
لنفقته واي بيع بيعه الا لو كان قصده البيع للحفظ واجيب بانه لما جاز
بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق لا يتغير تلك الحقيقة اذ لا تاثير للنية
في تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول
الاتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا يعارض وقوله على
ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي يعني
انها لا تسقط بمضي المدة لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة
ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى وقوله
الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه استثناء من قوله فمضت مدة
سقطت يعني اذا اذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم ايضا
كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه
بالاستدانة كامر الغائب بالاستدانة فصار دينا في ذمته لا تسقط بمضي المدة

قوله من حيث ان منفعة البيع اقول الاظهر ان المراد الاب والام بخلاف غير الاب من الاقارب

قال الحلواني لابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ ... اقول ... بيع المنقول ... الحفظ ... الانفاق

وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير
بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به
واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى
لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول
الاستغناء فيما مضى قال الا ان يأذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا
في ذمته فلا تسقط بمضي المدة هداية

فصل وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عم في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله
تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع
وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك
عليه وان لم يكن لهما كسب
بان كان عبدا زمنا او
جارية لا يؤاجر مثلها اجبر
المولى على بيعهما لانهما من اهل
الاستحقاق وفي البيع ايفاء
حقهما وابقاء حق المولى بالخلف
هداية

قوله اذا اذن القاضي بذلك واذا ذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس
ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة ان القاضي اذا فرض
للزوجة في الشهر ما يه فمضت المدة في يده منه شيء لم تحسب للشهر الثاني
ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حوسب به وان القاضي اذا فرض للزوجة
كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى تمضي المدة ولو
كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسيهم فصل ذكر في هذا الفصل
بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وان لم يجب نفقة لعدم كونه ... بالتحريم ظاهر مذهب
اصحابنا ان الانسان لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق واما في
الدواب فيفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالانفاق عليها وفي غير الدواب كالدور
والعقار فانه لا يفتى به ايضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق
مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في ان المولى
اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له اجبر على بيع المملوك والزوج
اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بان في الاجبار على البيع
زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدم فوات حق المملوك في النفقة
لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الاحوال واما في
النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه
فوات حق المراة في الحال لا الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على
الزوج وكان تأخيرا فقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة
الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط وكان
الضرر اللاحق بالزوج اشد وكان بما ذكرنا اولى وعن ابي يوسف انه يجبر
وهو قول الشافعي اذ هي مساواة على الرقيق والاصح ما قلنا يعني عدم الجبر

بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان
ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به
فيما بينه وبين الله تعالى لانه عم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته
وعن ابي يوسف انه يجبر والاصح ما قلنا هداية

قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك
هداية

لان اجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقاضي لا بد له من منفذ له وهو من اهل الاستحقاق وهذا لو جد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق حقا على المولى او على غيره في الجملة الا يرى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح الا يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له في انه اسقاط مبني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل اما في ذات الملك او تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق وقدم لمناسبته انه اخباء كلمتي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية والقضاء وتفسيره في اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا اقوى وطار عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للشهادة والولاية والقضاء واسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي في دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا عاقلا بالغا مالكا للملك الصحيح وركنه ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما ببدل او بغيره وكلامه ظ سوى الفاظ نذكر ما قوله شرط الحرية لان العتق بغير الاعتاق لانه قال

قال الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قوله والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية
هداية

والبلوغ لان الصبي ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا ترى انه لو ورث اخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من اهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك ايضا قوله لان المجنون ليس باهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله ولهذا اي لكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لانه لما اسند الى حالة منافية للاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس باهل لقول ملزم يعني لان الصبي يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل لا نسلم ذلك بل هو اهل له الا ترى ان الصبي لو اقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا يسمع دعواه اجيب بان الملزم ثمه صيرورته صاحب اليد واقراره مؤكد وقوله واذا قال لعبده او امته انت حر فالمبسوط الالفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر او الوصف او النداء اما صيغة الخبر فان يقول قد اعتقتك او حررتك واما صيغة الوصف فان يقول انت حر او انت عتيق واما النداء فان يقول يا حر يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي الخ وقوله ويستوي فيه ما بعد ارادة قوله في مثله يا ابني على ما يجي قوله الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له يا حر وقوله وكذا عكسه يعني بان ناداه بقوله يا حر وكان لقبه ازاد وقوله فيعتبر اخبارا عن الوصف قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن علما له كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف واجيب بانه اذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة واناه موصوفا بصفة الحرية والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف

وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل القول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به

ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علم فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال للامة فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه هداية

وكان النداء اخبارا بان المنادى موصوف بهذه الصفة وقوله وسيأتيك الاختلاف فيه يريد الاختلاف في تجزي الاعتاق على ما نذكره وقوله وقد بيناه يعني في الطلاق وقوله وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لانه الارسال والتخلية السبيل بخلاف قوله طلقتك فانها لا تعتق لانه صريح في الطلاق عن النكاح فلا يثبت العتق على ما يأتي بيانه وقوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال للفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي اليد فكأنه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى انفاذ التصرف فيه ولو نفي الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك او لازما له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثاني فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باقية الى ان يسلم وقوله لان للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة يعني اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق قال ولو قال هذا ابني وثبت قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني وثبت على ذلك ثبت النسب فعتق عليه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع الكرامة والشفقة كذا في شرح القدوري لابي الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه

ولو قال لا ملك لي عليك ونوى الحرية عتق وان لم ينو لا يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية وكذا الكنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك هو المروي عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك

ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله وان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعيد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد يحتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني فتعين الثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته و الاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح هداية

صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاقي قوله لانه ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد يحتاج الى النسب لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ عند تعذر الحقيقة وسيجيء بيان مجوز المجاز ولو قال هذا مولاي ظ وقيل ما ذكر المص من معنى المولى هو المشهور فانه عليه وهو مستعمل في ثلاثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير اما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى ذلك بان الله مولى الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم واما بمعنى ابن العم فكما في قوله تعالى واني خفت الموالي من ورائي وقوله والثالث نوع مجاز يعني الموالاة في الدين لان المولى مشتق من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرفي والمولى من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه كذا في بعض الشروح وصحة النفي والتغيير وقوله فالتحق بالصريح يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبدا له واما الثاني يعني به قوله يا مولاي وقوله بخلاف ما ذكره يعني قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه ان معنى قوله يا مولاي يا من لي عليه ولاء العتاقة حيث تعين الاسفل مرادا فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فان معناه يا من له السيادة و الملك علي ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله ولو قال يا ابني يا اخي لم يعتق وفرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق بالوصف به دونهما لان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال على ما بينا

وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح و بالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى
هداية

الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضار له بالوصف
المخصوص كما في قوله يا حر على ما بينا واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد
دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء
غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد
على الظاهر ولو قال يا ابني

لا يعتق لان الاخ كما اخر فانه اسم ابنه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر هداية

يعني في قوله لانه بندا ايجاد صريح وهو لاستحضار المنادى الخ واذا كان بوصف
لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف لتعذره
والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو تخلق من ماء غيره لا يكون
ابنا له بذلك النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروى الحسن
عن ابي حنيفة رح انه يعتق فيهما اي في قوله يا ابني يا اخي والحاصل ان
العتق يقع بالنداء بثلاثة الفاظ في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق يا مولاي
وفي رواية الحسن بخمسة الفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا
اخي والاعتماد على الظاهر وقوله ولو قال يا ابني ظ قال لغلام لا يولد
مثله لمثله اذا قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني عتق عند ابي
حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول ابي حنيفة اولا وهو قول الشافعي
واصل هذه المسئلة ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي
التكلم عند ابي حنيفة على ما عرف في الاصول وقد قررناه في التوضيح فقالا
الحكم ههنا لا يتصور فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه
متصورة لامكان ان يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار
كما لو قال اعتقتك قبل ان تخلق وقال ابو حنيفة تصور حكم الحقيقة ليس
بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل
للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من
مبتدا وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكت لان البنوة اذا ثبتت
في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو
المجاز فصار كانه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق
لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا للكلام بخلاف ما استشهد به على هنا،

وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي لهم انه
كلام محال الحقيقة فيرد عليه ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة انه كلام محال بحقيقته
لكنه صحيح لمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة
للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك
والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له

وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال
والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو
الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون
القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له هداية

المعقول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان تخلق ملزوما
لقوله انت حر منذ حين ملكتك لان الاول يقتضي عدم ورود الملك عليه
والثاني يقتضي وروده والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم
انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت
يدك فاخرجهما صحيحتين جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة
اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في
الصورة المذكورة لان القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله
قطعت يدك مجازا عن قوله لك علي خمسة آلاف درهم واللازم باطل والملزوم
مثله وتقرير جوابه ان القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لمال يخالف
المال المطلق في الوصف وهو الارش حتى وجب على العاقلة في سنتين
بلفظ التثنية كذا في النهاية وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن
اثباته بدون القطع فما هو سبب لا يمكن اثباته ليس بسبب وحاصله
ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو اما الحقيقة
فظاهرة واما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم للارش الذي هو ملزوم
للقطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك وقوله
اما الحرية لا تختلف معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني مجازا عنها حين
الملك لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة
والولايات كلها فامكن جعله اي جعل قوله هذا ابني مجازا عنه اي عن
الحرية على تأويل العتق او المذكور ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد
لمثلهما فهو على الخلاف وهو الاظهر وقوله لما بينا يعني من الوجه في الجانبين
في قوله هذا ابني ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف والوجه ما تقدم

اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد
لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع
لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل
مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة هداية

ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه
ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى
فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح

فيتعلق ح هدايه

وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك من بنوة او حرية الا
بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فيتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب
وهذا بخلاف البنوة لان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا اخي
لا يعتق وقد ذكره بعض الشارحين بخلاف الابوة والبنوة لان
لهما موجبا في الملك بلا واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية و
روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه اما وجه
رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اي
فكذلك ههنا الاخوة في الملك توجب العتق واما وجه رواية عدم العتق فقوله
في مسئلة الجد لان هذا الكلام لا موجب في الملك الا بواسطة وكذلك ههنا
الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة عن مجاورة في صلب
او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه
الواسطة قال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره
مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا اخي لابي او لامي
فيعتق من غير تردد لان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين
قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى
والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون
حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت
العتق باطلاق قوله هذا ابني اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز و
المجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل هو على الخلاف
وقيل هذا اي عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى لان الذكور
والاناث من بني ادم جنسان مختلفان والاول لم يكن المشار اليه من جنس المسمى

قوله اجيب بان البنوة اقول فيه ان الاخوة حقيقة في التي دارت في صلب او رحم على ما هو جوابه مجاز في غيرها

عطى

وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري ونوى به العتق لا تعتق وقال الشافعي تعتق اذا نوى
وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم له انه نوى ما يحتمله لفظه لان
بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظ وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين
حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا ايقع
التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فيثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظ العتق و
التحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه

هدايه

يتعلق الحكم بالمسمى كما تقدم في كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبرا
حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما وقوله وان قال لامته
انت طالق او بائن ظ اي قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق
اثبات القوة ولهذا يثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة
فاني يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض وتقرير الجواب ان الاعتاق ايضا
اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما واما الاحكام فتثبت بوارده لانها ثابتة
بسبب سابق وهو كونه ادميا مكلفا غير ان الاعتاق ازال المانع فالعتاق
الاعتاق والحل وقوله ولهذا اي ولكون العتق محتمل لفظه يصلح لفظه
العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة
والشيء لا يناسب شيئا الا والاخر يناسبه وانما قال على ما قاله مشايخهم لان
المنصوص عن الشافعي لفظ الطلاق تخصيص واصحابه قاسوا عليها سائر
الفاظ الصريح والكناية ولنا انه نوى ما لا يحتمله كلامه لانه لا مناسبة بينهما لتجوز
الاستعارة لان الاعتاق في اللغة اثبات القوة ماخوذ من قولهم عتق الطير
اذا قوي وطار عن وكره وفي الشرع ايضا كذلك لان العبد الحق بالجمادات
وبالاعتاق يحيى فيقدر والطلاق في اللغة رفع القيد ماخوذ من قولهم
اطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع من الانطلاق
لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك في الشرع لان المنكوحة لم تزل مالكة لها
فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة
وليس بين اثبات القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع ليعمل القوة
الثابتة في محلها مناسبة ولا خفاء ان الاول اقوى والادنى لا يصلح ان يكون
مستعارا للاعلى على ما نذكره ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين

فتستوي الاعتاق والطلاق

صحة مناسبة

الاعتاق والطلاق

ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد
الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق
يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه
اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقة لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه

هدايه

واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه وان قال راسك راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن هداية

قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بها واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين اصلا وكل ما يتحقق هو اقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة بهو في احدهما اقوى منه في الاخر وانت تريد الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتذكر الملزوم الاضعف من حيث ملزوم الاقوى وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وانت تريد ان تلحق جرأته وقوته بجرأة الاسد وقوته فتذكر الاسد تريد به واطلاق اسم الاسد عليه وهذا انما يجري انما يكون باطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق دون عكسه والوفق بين التكلمين المذكورين في الكتاب ان في الاول منع المنافية واظهار السند بان في الاعتاق اثبات والطلاق رفع فاني يتناسبان وفي الثانية تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى وهو ينافي الاستعارة **وقوله** واذا قال لعبده انت مثل الحر اطلاقه يشير الى انه نوى العتق او لم ينو لم يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك **وقوله** عرفا يجوز ان يراد به العرف العام فان العامة تستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم او خط او جود او غيرها ويجوز ان يراد به العرف الخاص فان بعض اهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة **وقوله** ما انت الا حر الخ **فصل** فيما ذكر العتق الحاصل

بالاعتاق

فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه هداية

بالاعتاق الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كالارث في قريبه وعتق عبده بالحربي البنا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن امه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان احدهما ذكرا والاخر انثى ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضوان الله عليهم اجمعين وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائي واللفظ بعمومه يتناول لكل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره فان قيل الضمير في قوله يعود الى من كما في قوله عليه السلام من دخل ابي سفيان فهو امن وامثاله فلا يكون حجة اجيب بان دفعه جزاء لقوله من ملك فيتبوعه ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطف بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه اجيب بانه دليل اصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحمله ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب اخر كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وامثال ذلك **وقوله** والشافعي يخالفنا في غيره اي غير الولاد واستدل بان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء اخر بالقياس وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال اي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وهنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب

ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة

على المكاتب في غير الولاد ولا ينبغي فيه ولنا ما روينا وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه اما انه ملك ذلك فبالاجماع واما ان كل من فعل ذلك يعتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لان الحاجة اي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما اثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاستدل به ولم نحتج الى بيانه وهو قولهم هذه قرابة صيانة عن ادنى الذلين وهو ذل النكاح فلان تصان عن اعلاهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح اعلى فذلك مكابرة تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل نطقا واجماعا على ان الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق فما تحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لا محالة ولا فرق بين ان يكون المالك مسلما او كافرا وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمية للنكاح فان قيل هذه القرابة ان اوجبت العتق اوجبت باعتبار الصلة على ما اشار اليه بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الاعتاق ايضا اجيب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الوراثة بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما بني عليه وانما قال او كافر في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه فانه لو اعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم نفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتقا لم ينفذ

واما

والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدر به على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا ان نمنع عداه

واما اذا ملكها ذا رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل ان ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق ايضا لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم بالالتزام ايضا بالاستواء الا انا تركنا هذا الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه فما ليسا من اهله لم ينفذ في موضعه وكذا اذا اعتق المسلم عبدا اشتراه في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا لا بمجرد تعلقه بقوله او كافرا وقوله والمكاتب اذا اشترى اخاه جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب عن المكاتب في غير الولاد وتوجيهه لا نسلم انه لا يتكاتب عليه بل في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ ايضا ولئن سلمنا فانما لا يتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام يقدر به على الاعتاق لانه عبد ما بقي عليه درهم وانما الحكم بالملك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له على الاعتاق لا يعتق عليه لان العوض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه لما كان مقصودا بالكتابة لكونه يتضرر بالرق فكذا رق الولاد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فعتق عليه تحقيقا لمقصود العقد واما قرابة الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه او ابيه وقوله وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه جواب نقض اجمالي تقريره لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي اخت من الرضاعة على ابن عمها

وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة

ومن اعتق عبده لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله و
وصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره
والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل
هداية

اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالجزئية محرمية اثرت
فيها الرواية وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكر هذا الجواب
انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما من اصل دليله حيث قال لانه ملك
قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبي جعل اهلا لهذا
العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنيع منهما كالارث
والهبة عتق عليهما لان العلة وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد
تعلق به حق العبد فيعتق فكان كالنفقة قال ومن اعتق عبده لوجه الله
ومن قال لعبده انت حر لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق
لوجود ركن الاعتاق من اهله مضافا الى محله من غير شرط فيترتب الحكم
عليه ووصف القربة وهو كونه لوجه الله في الوجه الاول تابع زيادة فلا
يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين يعني للشيطان والصنم وقوله
وعتق المكره واقع وقد تقدم في الطلاق وان اضاف العتق الى
ملك مثل ان يقول لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر صح كما في الطلاق
وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار فانت حر فكذلك اما الاضافة
ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه واما التعليق بالشرط فلان الاعتاق
اسقاط والاسقاط تجري فيه التعليق بالاتفاق بخلاف التمليكات
والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي رح بنوع آخر وهو ان زوال
الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان
دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له
وقد عرف في الاصول واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عم
في عبيد الطائف حين خرجوا الينا مسلمين هم عتقاء الله وروى ابن عباس

وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي وقد بيناه
في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف
في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عم في عبيد الطائف حين خرجوا الينا مسلمين هم
عتقاء الله تعالى ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء
هداية

وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه
لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل
صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد
بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا
هداية

رضه ان عبدين من الطائف خرجا مسلمين فاعتقهما النبي عم ولانه احرز نفسه
وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وقيده بالابتداء لجوازه
عليه بقاء لانه في البقاء من الامور الحكمية دون الحقيقية فيجوز بقاؤه
كبقاء الاملاك بعد وجود اسبابها وقوله وان اعتق حاملا ظ
واعترض عليه بانه لو لم يعتق الامة لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة
واجيب بانه لما اعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الامة
بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الامة واستثناء الحمل في الهبة شرط
فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد
بالشرط الفاسد على ما سيجيء وقوله واشتراط بدل العتق على
غير المعتق لا يجوز قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي ان يتوقف العتق
الى ان يبلغ الحمل الى حد يكون من اهل القبول وهو ان يكون عاقلا يعقل
العقد كما في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها
توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد
واجيب بان ذلك في صريح الشرط واما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على
وكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف
بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة
وفيه نظر لانه يقتضي انه ذكر بكلمة الشرط توقف ولا نص فيه من رواية
واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف
على قبولها ان كانت من اهل القبول فالتوقف فيه مشروط بكونها من
اهل القبول والحمل ليس منه والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون
الحمل اهلا للخطاب وقبول الشرط واقدم على العتق كان قاصدا

ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه
الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف
قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى الحمل
هداية

وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان
ولد الامة لمولاها وولد الامة من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك
مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به هدايه

للاعتاق بلا مال او يحمل حاله على ان كلامه في الكلام من الالفاظ، وقوله
علي ما مر في الخلع قال في النهاية هذه حوالة غير رائجة ويحتمل ان يكون مراده
مسئلة الخلع في الجامع الصغير فانه فرق في شروحه بين الخلع والاعتاق
لجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان
الاجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال فلما جاز عليها
جاز على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله فكان
في مقابلة شيء تحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط
ثمن المبيع على غير المشتري وقوله وانما يعرف قيام الحمل واضح لان التيقن
لوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله منه اي من وقت العتق وولد
الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني ان
الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء، ولا معارض له فيه اي في الولد
لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان الام ايضا مملوكة له فيكون الماءان له بخلاف
امة الغير لان الام مملوكة لسيدها فتحققت المعارضة وولد الامة من زوجها
مملوك لسيدها لتعارض الماءين وترجح جانب الام بامور منها الحضانة وفيه
نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو
قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها لكونه مائعا في موضعه ومنها تيقن
كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج فكان التوافق من جانبها حقيقة وحكما
ومن جانبه حكما فقط والاول ارجح لا محالة ومنها ان الولد ما دام جنينا
فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا اما
حسا فانه يتنفس بنفسها ويتغذى بغذائها ويتنقل بانتقالها حتى يعرض بالمواضع عند انفصاله منها
واما شرعا فلانه يعتق بعتقها وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به عليه

بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحر حر على كل حال لان جانبه راجح فيتبعه
في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب العبد الذي يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقيته لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله

وقوله والمنافاة متحققة جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض
وتقرره التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام
كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فتحققت
المنافاة بخلاف الولد من المولى فانه للمولى اي جانب اعتبر وقوله
والزوج قد رضي به جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد
مملوكا لمولاها تضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد
رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج الامة عالما بان الولد برقابه وفيه
نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا
الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله بخلاف ولد المغرور ظاهر
وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا فيتبعها في وصف الحرية
كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وانما اورد هذين اللفظين لتغايرهما
من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وام الولد الملك كامل والرق
ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله والتدبير وامية
الولد والكتابة كالتفسير لذلك

باب العبد الذي يعتق بعضه

اخر اعتاق البعض على اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه اولى
بالتقديم واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقيته
لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى
عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي ثم اذا
كان المعتق واحدا او موسرا ان كان العبد مشتركا واما اذا كان
معسرا فحكمه الشركة بل باق كما كان حتى جاز له ان يبيع ويهب على ما
سيجي وكل ما لا يتجزى اضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا

واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي
فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله
هدايه

لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو
ضعف حكمي وهما لا يتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رح
ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة
وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره

بعتق كله قال صاحب الميزان المعنى من قولهم الاعتاق يتجزى ليس ان
ذات القول يتجزى او حكمه يتجزى لانه محال بل معنى ذلك ان المحل في قبول
حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل
الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله
اولا عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما
يوجب زوال الرق عن الكل لهما ان الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة
حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق لان المحل لا يخلو عن احدهما فازالة
احدهما توجب اثبات الاخر وهما اى العتق والرق لا يتجزيان بالاتفاق
فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة او تجزى العتق لانه اذا
تجزى فاما ان يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة او لا يثبت شيء
او يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول
عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزى العتق وصار الاعتاق كالطلاق
والعفو عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزى فان قلت قد تقدم
ان الاعتاق عند الشافعي رحمه الله اسقاط كالطلاق فكيف جعله هنا
اثباتا للعتق قلت يجوز ان يكون فعل ذلك بطريق التغليب لجهتها
على جهته فقال لهما ان الاعتاق الى اخره ولابي حنيفة رح ان الاعتاق
اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف او هو
اى الاعتاق ازالة الملك لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق
ولا هو ازالة الرق ليلزم عدم التجزى لان الملك حقه اى حق المعتق
والرق حق الشرع لان الكافر لما استنكف ان يكون عبد الله جازاه الله
بتصييره عبد عبده او حق العامة لان الغانمين كما يعتقون غير الرقيق

بعتقه

والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزى
والملك متجزى كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل ويجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند
العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية
في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة

بعتقه وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره
وهذا كما ترى بناء الكلام على حدة اي من كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره
ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك والملك متجز فالاعتاق كذلك واما قلنا انه اثبات
العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى
ولاية المتصرف فالاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما تكون
على ما هو حقه وحقه الملك فولايته انما تكون على الملك واما ان الملك متجز فذلك بالاجماع
لكنه تعلق به امر غير متجز وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيته ولا تجزية علته
كجواز الصلاة فانه امر غير متجز تعلق بمتجز وهو الاركان وكذلك الطهارة امر غير
متجز تعلق بمتجز وهو غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزيتها ولا علتها وهي
اداء الصلاة وهذا لان توقف احد الامرين على الاخر لا يستلزم اتحادهما في
متجز فالاعتاق ازالة متجز وازالة المتجزى متجز وبيان ذلك ما ذكرنا وهذا اسهل
ما قد تقدم اذا تجزى الاعتاق يزول البعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده
فيجب عليه السعاية والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده اى عند ابي حنيفة رضه
لان الاضافة اى اضافة الاعتاق الى البعض توجب ثبوت المالكية للعبد في
الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزى وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية
في الكل باعتبار الرق لانه لا يتجزى فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية
في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا
فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى
ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت مالكية في الكل
كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة رح فعملنا انه حر يدا
مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت

والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق
غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة
لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل
ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة
لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد هداية

والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب
قابل للاعتاق فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز اجاب بقوله
غير انه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى احد والاسقاط لا الى احد ليس فيه
معنى المعاوضة لانها انما تتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة
لا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة فانها اسقاط من المولى الى المكاتب
اقدارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ
وفي بعض النسخ لانه اسقاط لا الى اجل يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان
الاسقاط فيها الى اجل وهو وقت اداء البدل وقوله وليس في
الطلاق والعفو حالة متوسطة جواب عن قولهم وصار كالطلاق والعفو
عن القصاص ووجهه انا لم نثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين
بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة يصار اليها وليس في
الطلاق والعفو ذلك فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم واما الاستيلاد فهو متجز
عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لو مات المستولد عتقت
من جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاد متجزيا لاقتصر في القنة ايضا اجاب
بانه انما لم يتجز في القنة لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد
ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كانه استولد جارية نفسه لان
الاستيلاد عنده غير متجز قال واذا كان العبد بين شريكين اذا
كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق وكلامه واضح
وتوقش مناقشة لفظية وهي ان ابا حنيفة رح لا يثبت عنده شيء
من العتق فما وجه صحة قوله عتق واجيب بان المراد به يثبت استحقاق
العتق او زوال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد وقوله فالولاء

قال واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه
بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن
رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق هداية

وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء
استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية
مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق
وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع هداية

بينهما يشير الى ان الاختلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق احدهما حالا و
اعتاق الآخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعا وقوله لهما في الثاني يعني
ان يسار المعتق لا يمنع السعاية قوله عم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا
ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر والقياس فيه احد الامرين اما وجوب
الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا لانه باعتاق نصيبه مفسد على الشريك
نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد
لا يختلف بالاعسار واليسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لانه متصرف
في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا فلا يلزمه الضمان وان تعدى
ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره او احرق الحصائد
في ارضه فاحترق شيء من ملك جاره ولكنا تركنا القياس بالحديث المروي
رواه نافع عن ابن عمر رض وبمثله روى عروة عن عائشة رض ووجه
الاستدلال به انه قسم والقسمة تنافي الشركة ووجه ابي حنيفة على ما ذكره
في الكتاب ظ قوله لما قلنا مراده قوله ولانه احتبس مالية نصيبه
وقوله الا ان العبد فقير فيستسعيه قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع
على المعتق ادا الشريك على القولين لانه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون
فانه يرجع على الراهن بما سعى واجيب بان غيرة المعتق تمنع وجوب
الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد والعبد انما سعى في بدل رقبته
ومالية وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فان سعايته
ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن وقد كان مجبرا
على قضاء دين في ذمة الغير مع التزام من جهته فيثبت له حق الرجوع به عليه
كما في معير الرهن فان قيل ما ذكر من وجه ابي حنيفة رح فانما هو قياس

لهما في الثاني قوله عم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم
والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا احتبست الريح ثوب
انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلناه
فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه هداية

ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لانه يعدل النظر
من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر
فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من
جهته لعدم التجزي
هداية

في مقابلة الحق وهو باطل اجيب بان الحكم قسم على وجه الشرط لانه لم يعلق
الاستسعاء بفقر المعتق وانما جعله مانعا فيثبت الاستسعاء عند عدمه لان المعلق
بالشرط ينتفي الوجود عند الوجود ولا ينتفي العدم عند العدم فجاز ان يثبت
السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من
وجه ابي حنيفة رح وقوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر
قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب هذا هو ظاهر الرواية
ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن قد روي
استثناؤه ويعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق
وكذا حال المعتق في يساره واعساره فان قال المعتق اعتقت وانا معسر
وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهور العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في
انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفي ما ذهب اليه
بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو
اقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود وقوله لانه
اي يسار التيسير يعدل النظر من الجانبين جانب المعتق والساكت
بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه
وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك
انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن
من اتمام قصده وايصال حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله
ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني اذا علم ان هذه المسئلة مبنية على حرفين اي
اصلين بقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن
متجزيا كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين جميعا وبيساره مانع عن

واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق
جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء
لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء
فكذا للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان
ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق
بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي
ان شاء
هداية

السعاية فوجب عليه الضمان وانتفى السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن على
العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للاصل الثاني فلو رجع لكان عليه
السعاية والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج على
قوله فخيار الاعتاق للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان
متجزيا كان ملكه في الباقي قائما فجاز اعتاقه واما التضمين فلان المعتق جان
عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى
الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل ان يقول على مذهبه لا يخلو
على احد الاصلين اما على الاصل الثاني فقط واما على الاصل الاول فلان التجزي
ان لم يكن مانعا من الضمان فلا يكون موجبا له والجواب ان الحرفين مبني
المسئلة من حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما
معتمد على عدم التجزي لا محالة على انا نقول التجزي ان لم يوجب الضمان من حيث
هو تجز يوجبه من حيثية اخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه في
الجملة وقوله والاستسعاء معطوف على قوله والتضمين وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لانه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الا
صل الثاني ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء
الضمان وقد كان له ذلك اي اخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثاني
فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له
ان يرجع بما ضمن على القاتل ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فكان كان الكل له
وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء وقوله
ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف
قبل ذلك وتقديره ان ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر وقوله والولاء

والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء
ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما
ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه
الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن وقول الشافعي في الموسر كقولهما
هداية

وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى التضمين الشريك لاعساره
ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين
ما عيناه قلنا اما الاستسعاء فسبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار الا
الجمع بين القوة الموجبة
للملكية والضعف السالب
لها في شخص واحد

للعتق في هذا الوجه يعني اذا ضمن المعتق ويعوظ وقوله لما بينا اشارة الى قوله
احتبست ماليته عنده وقوله ولا يرجع المستسعى على المعتق ظ وقد قدمناه
جوابا للسؤال وقوله وقول الشافعي في الموسر بيان لموضع خلاف الشافعي
فانه ذكر في اول الباب مطلقا فاحتاج ان بينه ههنا وقوله ولا راض به اي
بالاعتاق لان الرضى انما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد
عالما به فلا يكون راضيا وقوله فتعين ما عيناه يعني عتق ما عتق ورق
ما رق وقلنا اما الاستسعاء فسبيل لان الاستسعاء لا يفتقر في وجوده الى
الجناية كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا بل يبتني على احتباس
المالية وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار
الى الجمع بين القوة الموجبة للملكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف
السالب لها بصحة البيع وامثاله في شخص واحد قال ولو شهد
كل واحد من الشريكين على صاحبه كلام واضح الا انا ننبه عليه قوله بالعتق
اي بالاعتاق وقوله في زعمه اي في زعم كل واحد منهما وقوله فيصدق
في حق كل واحد منهما في حق نفسه وقوله لانه مكاتبه اي على تقدير الصدق
وقوله او مملوكه يعني بتقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما تيقنا
بحق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله اعتق شريكه
نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو ان يكون الكسب للمولى
واذا كان صادقا في قوله اعتق الشريك يكون مقرا بان العبد صار مكاتبا
باعتبار تجزي الاعتاق عند ابي حنيفة فكان الاستسعاء بمنزلة اخذ بدل
الكتابة وذلك ايضا جائز وقوله لان حقه في الحالين اي لان حق المولى
في حال اليسار والاعسار في احد شيئين اي التضمين او الاستسعاء وقوله

قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين
عند ابي حنيفة وكذا اذا كان احدهما معسرا والاخر موسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار
مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا
بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه
في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الاخر وهو السعاية

والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه نصيبه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية
وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما تبرأ عن سعايته
بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الاخر والبراءة قد ثبتت
لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى
لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه
صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق
معسر وان كان احدهما معسرا والاخر
موسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان
على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية
ولا يبرأ عنه

وقد تعذر التضمين لانكار الشريك اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير
التحليف فانه لو انكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان واجيب بانه لما كان من اعتقاد
كل واحد منهما انه اعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين
السعاية فلا فائدة في التحليف بل يتعين السعاية بلا تحليف لان مآله اليه
وقوله على ما بيناه يريد به قوله لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا او صادقا
كذا في النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه او مملوكه ولو قال احد
الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو
حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف و
هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لكن عند ابي حنيفة لا فرق بين ان يكونا
موسرين او معسرين او كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان يسار المعتق
عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فيسعى لهما في استحقاق النصف الباقي
على السواء وعند ابي يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا موسرين
لم يسع لواحد منهما شيء لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعي الضمان
على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان احدهما موسرا
والاخر معسرا سعى في ربع قيمته للمعسر منهما لان الموسر يدعي الضمان على شريكه
ويتبرأ من سعاية العبد فيسقط حصته عنه والمعسر يدعي السعاية على
العبد فيسعى له في حصته وقال محمد رح يسعى في جميع قيمته بينهما نصفان ان
كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء وان كان
احدهما موسرا والاخر معسرا سعى في نصف قيمته للمعسر منهما لان الموسر
يتبرأ عن السعاية والمعسر يدعيها فان يسار المعتق عنده يمنع
وجوب السعاية ووجه قول محمد فيما اذا كانا معسرين ان المقضي عليه

ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كلا منهما
يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار
غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال
لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هنا

ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب
الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان
وبناء التوزيع فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما
لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد
الواحد المقضي له والمقضي به معلوم
فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى
الرجلان ابن احدهما عتق نصيب
الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه
اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر
انه ابن شريكه او لم يعلم وكذلك اذا
ورثاه والشريك بالخيار ان شاء
اعتق نصيبه وان شاء استسعى
العبد وهذا عند ابي حنيفة رح هداية

بسقوط نصفه في السعاية وهو الحانث منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضاء عليه
فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا
قوله ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين و
مع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل وقوله والجهالة
ترتفع بالشيوع والتوزيع جواب عن قوله المقضي عليه مجهول فان قيل في
التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن حق غير المعتق وايجابه للمعتق
اجيب بان ذلك محتمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لانا لو لم نقل بالتوزيع
وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه
واما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان
التوزيع اولى وقوله وقوله وبناء التوزيع فيه قد امضيناه
في اثناء الكلام ولو حلفا على عبدين ظ وكذا قوله واذا اشترى الرجلان ظ
الا ما نذكره قوله ولا ضمان عليه اي على الاب وقوله وكذا اذا ورثاه
يعني بالاتفاق وصورته امراة اشترت ابن زوجها فماتت عن اخ وزوج
كان النصف للزوج ويعتق عليه او امراة لها زوج وابن ولها غلام وهو
ابو زوجها فماتت المراة صار غلامها ميراثا بين زوجها وابنها وقوله
وقال في الشراء اشارة الى ما ذكرنا من الاتفاق في صورة الارث وقوله
قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه
ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد
ووجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظ ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره ان الشريك
الآخر رضي بافساد نصيبه ومن رضي بذلك لا يضمن المفسد كما اذا اذن له
باعتاق نصيبه صريحا فدلالة ذلك اي الدليل على رضاه بافساد نصيبه

وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه
وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان احدهما قد حلف بعتقه ان
اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق فصار كما اذا كان العبد بين
اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك
انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا

وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين
العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر
ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء
ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لان يسار المعتق لا يمنع السعاية
عندهما
لاحتباس ماليته عنده هداية

انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به
عن الكفارة عندنا والمشاركة في علة العتق رضاء بالعتق لا محالة واراد بالعلة
علة العلة لان الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق والحكم يضاف
الى علة العلة اذا لم يصلح العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم
شرعي يثبت بعد مباشرة علته بغير اختياره بخلاف الارث فانه لا اعتاق
هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة وقوله وهذا ضمان افساد
يجوز ان يكون جوابا عما يقال انما كان الرضى مسقطا للضمان ان لو كان ضمان
افساد واما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد احد الشريكين
الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع
لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب به ضمان عتق وهو
غير موضوع له فكان ضمان تملك ووجه الجواب انه ضمان افساد في ظاهر
قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط الضمان وقوله
ولا يختلف الجواب بين العلم بالقرابة وعدمه في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة
لان الحكم يدار على السبب اي العلة كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو
مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه والسبب قد وجد تاما وروى الحسن عن
ابي حنيفة انه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا لم يكن عالما بها في حكم
الضمان لان الرضاء لا يتحقق الا اذا كان عالما بها وقوله وان بدأ الاجنبي
ظ مما تقدم وكذا قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر وانما قيد
بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه يضمن للساكت
بالاجماع وقوله والوجه قد ذكرناه اشارة الى قولهما انه ابطل وقوله انه رضي
قال واذا كان العبد بين ثلثة نفر اذا كان العبد بين ثلثة نفر

فيسقط بالرضى بقولهما في ظاهر قولهما لانه روي عن ابي يوسف ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار

وهذا عند ابي حنيفة لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان
يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن ان
كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه هداية

وان كان العبد بين ثلثة نفر دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن و
هذا عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا
ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به لما كان متجزيا عنده
اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او
يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر عنايه

دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان اي ارادا لان من له الضمان انما هو الساكت والمدبر دون المعتق فكان المراد بالجمع التثنية او اطلق الجمع بطريق التغليب فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق و
للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وبيان ذلك
ان قيمة العبد ان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر
تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما ذكر
في التدبير تلفت منه تسعة فكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهي
ثلثا قيمة القن وهو ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق
تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة
التي يضمنه ايا ما وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته
لشريكيه موسرا كان او معسرا وقوله واصل هذا ظ وقوله على ما مر
اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع البيع والهبة
الخ وقوله غير ان له ان يضمن المدبر بيان صحة الضمان على المدبر بعد ما كان
الاعتاق الفاسد سبب ضمان وتقرير ذلك ان ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان
المعتق ضمان جناية واتلاف والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا
يعدل الى غيره الا عند التعذر اما ان ضمان المدبر ضمان معاوضة فلانه يضمن ما اتلفه
بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب الضمان
موجبا لملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما اتلفه وما اتلفه
كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون
وذلك خالص ضمان الجناية واما ان الاصل في الضمان المعاوضة فلانه صحيح ولهذا
جعل الغصب ضمان المعاوضة على اصلنا وما يدل على ان ضمان المدبر ضمان

فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر و
اعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان
معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق
عنايه

لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال
فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد نصيبه مدبرا والضمان
يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة
الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين عنايه

معاوضة ان من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم ابق ولم يرجع
من اباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسئلة في اواخر
باب النهي من اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي وانما يكون الكسب له اذا
كان المدبر ملكا للغاصب عند اداء الضمان فلو اعتبر ضمان المدبر وهو غير
قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما اتلفه بتدبيره قابل
للنقل ضمان معاوضة كان اولى وقوله لانه عند ذلك مكاتب او حر
على اختلاف الاصلين قال الامام جلال الدين ابن الفقي رح هذا غير مستقيم
وكذا قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب
ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق فالمستسعى عند ابي حنيفة وان كان
بمنزلة المكاتب الا انه لا ينفسخ بالفسخ ولا بالتفاسخ وانما الصحيح ان يقال لانه
عند ذلك مدبر وقوله على ما قالوا اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم
نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوعا منفعة منفعة البيع وما
شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدهما وهو البيع وبقي الآخر
وقال بعضهم قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم مدة عمره من حيث الحزر
والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة
البيع زائلة وقيل الفتوى على الاول وقوله ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان
يعني ان المدبر لما ادى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر
نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن قيمة ما كان
له في الاصل وهو الثلث مدبرا لان نصيبه بعد التدبير كان منتفعا به من
الوجه الذي ذكرنا وقد فسد بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن المعتق
قيمة الثلث الذي تملك على الساكت باداء الضمان لوجهين احدهما انه ملك

والولاء بين المدبر والمعتق اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما
على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه
لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق
لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر

المضمون مستند او المستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين
والكتابي انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت
في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه
الثاني يندفع ما قيل على ما في الكتاب ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو
موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان يثبت له
الملك مستندا او هو ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك ان المدبر قام
مقام الساكت باداء الضمان وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من
تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل وكذلك
من قام مقامه واما المعتق فلما قام مقام الساكت باداء الضمان وكان
للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق ايضا تلك الولاية وقوله والولاء
بين المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث
للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان قيل لو كان اداء
الضمان يثبت ملك نصيب الآخر لكان للمعتق ثلث الولاء ايضا لانه
ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان
اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك
فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن واما المدبر فقد ملك نصيب الساكت
عند اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما تقدم فصار كانه دبر ثلثيه
من الابتداء مستندا فيثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما ان نصيب
الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله لانه ضمان
تملك اي لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا
يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه

قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر الآخر فهي
موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف
قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها
[illegible]

ضمان جناية وهو يختلف باليسار والاعسار واعترض بان قولكم ضمان
الجناية يختلف باليسار والاعسار اردتم به مطلق ضمان الجناية
او الجناية بالاعتاق والاول مردود لان من كسر جرة انسان مثلا او
اتلف ملكا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا والثاني
تحكم واجيب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله عليه السلام
في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة
الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس قال واذا كانت
جارية بين رجلين واذا كانت الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد
لصاحبه الخ فهي موقوفة يوما اي ترفع عنها الخدمة يوما وتخدم المنكر
يوما عند ابي حنيفة وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها
ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر بالاستسعاء لهما انه لما لم يصدقه
وتقريره ان المقر لو اقر على نفسه بالاستيلاد صح فاذا اضافه الى من عليه
ولم يصدقه في ذلك انقلب اقراره واذا انقلب اقراره عليه صار كانه
استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق العبد المبيع قبل
البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة
للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن للمنكر تضمين المقر
لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد وكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم فيجب
عند الجارية فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج
الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واقراره
على الكل ولابي حنيفة ان المقر لو صدق فتقريره موقوف على مقدمة هي ان
الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان

فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هنا فيمتنع
الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت

ولأبي حنيفة أن المولى لو صدق كان الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المولى كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة هداية

بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان إلى مطابقة الواقع وعدمها فالمولى إما أن يكون صادقا في إقراره أو كاذبا فإن كان الأول كانت الخدمة كلها للمنكر وإن كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى وقوله والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب جواب عن قولهما كأنه استولدها يعني أنه لما أقر بأمومية الولد تضمن إقراره بها الإقرار بالنسب والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى أن الرجل إذا أقر بنسب صغير لرجل وكذبه المقر له ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لأن النسب لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المولى كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده خلافا لهما وعلى هذا الأصل عدة من المسائل ذكرها المص في كفاية المنتهى منها أنها إذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى ومنها أنها إذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمتها لشريكه إن كان موسرا أو يسعى الولد في نصف قيمته إن كان معسرا ومنها إذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم أم الولد أنها منتفع بها وطئا وإجارة واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لأن حل الوطء لا يكون إلا بملك اليمين عند عدم ملك النكاح ألا ترى أن أم ولد النصارى إذا أسلمت عليها السعاية

وقالا يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الأصل يبتني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما أنها منتفع بها وطئا وإجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم هداية

وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لأن الفائت منفعة البيع أما السعاية والاستخدام باقيان ولأبي حنيفة أن التقوم بالإحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والإحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث هداية

ولولا تقومها لم يكن كذلك فإن قيل عورض بأن بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر وقوله غير أن قيمتها بيان لمقدار القيمة وهو واضح ولأبي حنيفة رح أن التقوم بالإحراز للتمول ولا إحراز للتمول في أم الولد لأنها محرزة للنسب لا للتمول وقوله لا للتقوم معناه لا للتمول وكذلك في قوله والإحراز للتقوم تابع ليس بمقصود لأنه إذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازه للاستمتاع بملك المنفعة لا لقصد التمول وقوله ولهذا لا تسعى لغريم جاز أن يكون بيانا وتوضيحا لقوله والإحراز للتقوم تابع يعني أنه لو كان مقصودا لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل فالملزوم كذلك وجاز أن يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم وقوله بخلاف المدبر جواب عن قولهما كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فإنه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء وقوله وهذا إشارة إلى الفرق بين أم الولد والمدبر وبيانه أن السبب فيها أي في أم الولد متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا إلا أنه لم يظهر عمله في حق زوال الملك ضرورة الانتفاع كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك ولا ضرورة في إسقاط التقوم فعمل فيه السبب وأما في المدبر فإن السبب ينعقد بعد الموت لأن قوله إن مت فأنت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا قبل وجوده على ما عرف وقوله وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر إلا أنه

بخلاف المدبر وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في إسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا هداية

وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يعتق وجوبه الا بالتقوم

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه

انما امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله وفي ام ولد النصراني جواب عما قاسا عليه وقوله قضينا بكتابتها ليس المراد به حقيقة الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت في معنى المكاتبة وانما فعلنا هكذا دفعا للضرر عن الجانبين اما في حق ام الولد فلئلا تبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان ما اديه في معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يعتق وجوبه الا بتقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان كتابتها لم تقتض تقوم ام ولد النصراني فافترقا والله اعلم

باب عتق احد العبدين

لما فرغ من بيان عتق بعض العبد بين عتق احد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ولنسم كلا منهم باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا ثم ان المولى يؤمر بالبيان ما دام حيا لانه هو المجمل فيرجع بالبيان اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه صار حرا فلا يستحق العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدا ببيان الكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني ويعتق الخارج

وقال محمد كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع

للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا وان مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول يعني الثابت اعيد عليه قوله احدكما حر ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين يعني الخارج والداخل عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح كذلك يعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الخارج نصفه الا في العبد الآخر وهو الداخل فانه يعتق ربعه باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ما روي ان رسول الله عم بعث اناسا الى بني خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي عم فلما بلغ ذلك رسول الله عم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا ان يكون لله فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وان يكون لكبرائه تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم في السجود لتعظيم عظمائهم لو قيام شرع فلا يجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه اوجب النصف واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا فان قيل ما بال ابي حنيفة في الخنثى يعطيه اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال او النساء لا بد ان يتعلق بما يدل على ذكورته او ينبت له لحية فح يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح هذا اذا كان في الصحة فان كان القول منه في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهامهم وصايا لان العتق ح وصية والوصية تنفذ من الثلث

ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق فهذا النصف يتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك انا نجمع بين سهام العتق والوصية على حولها لانا نجعل كل رقبة على اربعة كما حسبنا ان الثلاثة الارباع فنقول نعتق من الثابت ثلثه ومن الاخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان نجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احدا وعشرين

فيضرب كل بمقدار وصيته فيجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم كما حسبنا ان ثلثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذلك الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلثة اسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع واحدا وعشرين وثلثاه اربعة عشر لاجل فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلثة اسهم ويسعى في الاربعة واما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلثة اسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت يعتق منه الثلثة ويسعى في ثلثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي ان يعتقوا ولا سعاية عليهم اصلا اجازت الورثة اثني عشر وسهام الوصايا او لم يجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزى اجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزى اذا صادف محلا معلوما اما اذا لم يكن بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته ح بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى موضعها قوله ولو كان هذا اي ولو كان هذا الكلام في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه فهي مسئلة الزيادات تكلم بها محمد على ما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق

فيعتق من الثابت ثلثة فيسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا ما ثلث و جمعت اسهام الثلث والثلثان وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فينقص سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر والتخريج ما مر

ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات

بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب الثاني فقيل هذا قول محمد فلا يكون حجة عليهما لان عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان في صرف العتق الى ايهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قدمنا واما الثابتة في الطلاق فمترددة بين ان تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية لان الخارجة ان كانت المرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني وان كانت هي المرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة اجنبية فيلغو الايجاب الثاني فجعلت الثابتة كالحشية من وجه دون وجه فيصح الايجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن واما التفريعات فمنها ما ذكرنا في اول البحث اذا كان المولى والعبيد احياء ومنها اذا كان المولى حيا ومات احد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار كقوله

كقولهما وان مات الداخل قبل البيان اوقع العتق على ايهما شئت من الخارج
والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا
عند الايجاب الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقعه على الثابت لم يعتق
الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال الامام فخر الاسلام في
شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما فيجب ان يعتق الخارج و
الثابت لان الكلام الثاني صحيح فيعتق له الثابت بالكلام الاول ويبطل الكلام
الثاني بموت الداخل فاوجب نفسه فيعتق الخارج بالكلام الاول وان مات
الخارج يعتق الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه
حر هذه تفريعات العتاق واما تفريعات الطلاق فمنها ان الزوج اذا
كان حيا والنسوة احياء واوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام
الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني وان اوقعه على
الثابتة لغى الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان
له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول ومنها ان الثابتة
لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان
المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان
له الخيار في الاخريين بالكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت
الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة
لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة
لما مر في مسئلة العتاق ومنها ميراث النساء وهو الربع او الثمن يقسم
بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا مزاحم لها الا احدى
الاوليين والنصف الاخر بين الاوليين لان احديهما ليست باولى

قال ومن قال لعبديه

ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق
اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن
وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد
احديهما للمنافيين

قال ومن قال لعبديه احدكما حر كلام على ما ذكره في الكتاب واضح خلا ان
قوله لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت اورد عليه بما لو قال لامتيه
احدى هاتين ابنتي او ام ولدي وماتت احديهما لم يتعين الحية والاستيلاد
في الحية واجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويجوز
ان يخبر بهذا عن الميت والحي فيصح البيان في الموتى فاما الانشاء فلا يتحقق
الا في الحي واما في مسئلتنا فانما تعين احدهما للحرية اذا مات الآخر لان
البيان قائم بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا لان
قوله احدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق
غير ثابت في المعين فمن حيث الاظهار يكون البيان في جميع الحال الثاني ومن حيث
ان العتق لا يتعدد كما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع
المال وان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان
كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء
فيتعين الآخر للعتق ضرورة وقوله وكذلك اذا استولد احديهما
يعني اذا وطئ احديهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له فتعين ضرورة
صحة امية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق الثابت عنها واذا
انتفى عن احديهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة وقوله للمنافيين يعني
عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته ولا فرق
بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار
والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب يعني الجامع
الصغير حيث قال فيه باع احدهما ولم يقيده بشيء والمعنى ما قلنا وهو انه
قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فيتعين الآخر له

ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق والمشروط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق
جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف

والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذلك لو وطئ احداهما لما نبين ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان الوطئ لا يحل الا في الملك واحداهما حرة فكان بالوطئ مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق
هداية

والعرض على البيع ملحق به بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح اذا ساوم احدهما كان بيانا ينبغي ان يقتصر العتق في الاخر قيل مثل هذه العبارة تستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة وقوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره اتباعا لان محمدا ذكر في الاملاء اذا وهب احدهما او قبضه او تصدق واقبض عتق الاخر و لان البيع الفاسد يعين الاخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك في الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما بينا ان الميتة ليست محلا للعتق فكذلك لم [illegible] ليست محلا للطلاق فتعينت الاخرى له وكذلك لو وطئ احداهما لما نبين في المسئلة التي بعد هذه ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان الوطئ لا يحل الا في الملك واحداهما حرة لا ملك فيها فالوطئ لا يحل فيها و اذا وطئ احداهما جعل مستبقيا للملك فيها ليقع الوطئ حلالا حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق ولابي حنيفة ان الملك قائم في الموطوءة اي في التي توطأ من كل منهما و اذا كان الملك قائما كان وطئها حلالا واما ان الملك قائم فلان الايقاع في المنكرة وهي اي الموطوءة غير منكرة بل هي معينة فلا يكون الايقاع فيها واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك فيها زائلا واما ان الملك اذا كان قائما كان الوطئ حلالا فقط لا يحتاج الى بيان واذا كان

ولابي حنيفة ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطئها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطئها على مذهبه الا انه لا يفتى به
هداية

ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكر فيظهر في حق حكم يقبله والوطئ يصادف المعينة لان وطئ المنكرة محال بخلاف الطلاق لان المقصد الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصد من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء
هداية

الوطئ حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة ولهذا حل وطئهما على مذهبه وهذا في غاية الدقة ويلوح منه سيما التحقيق الا انه لا يفتى به قيل لان المنكرة التي نبث فيها العتق لا تخلو عنها وفيها الحل والحرمة على الاحتياط وهي فاسد لان فيه [illegible] الا ترك ابا حنيفة الاحتياط وارى انه لا يفتى به لئلا يتخذ مغمزا لابي حنيفة رح بترك الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلا او لا فان كان غير نازل كان ابطالا للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز وطئهما اجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به اي لتعلقه بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا او قال على الشق الاول او يقال نازل اي العتق نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان يشتري احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما فانه يصح والوطئ لا يقبله المنكرة لانه يصادف المعينة اذ هو امر حسي لا يقع الا في المعاين ووطئ غير المعاين غير ممكن فلا يكون الوطئ بيانا في الاخرى فان قيل كيف وقع بيانا في الطلاق اجاب بقوله بخلاف الطلاق لان المقصد الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصد من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المص اختار جوازه او يحمل على المخلص المعروف في اصول الفقه وقد قررناه في التقرير او في تقرير قال ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وذكر محمد في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة ويسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا
هداية

وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لا يعتق واحد منهم وان نكل عتق الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتها فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتق الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية

نهاية

هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل اخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام يعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان في طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرف الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات وقوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قيل هي ستة اوجه فنقلوها في شروح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا وهو المذكور في الكتاب اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف الام والجارية ويسعيان في النصف والغلام رقيق كما ذكر في الكتاب والثاني ان تدعي الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى

نهاية

قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق عبده (احد) فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق

نهاية

ووجه ما ذكره في الكتاب والثالث ان تدعي الام ان الغلام اول والجارية كبيرة ولم تدع شيئا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجه ما ذكره المصنف فيه والرابع ان تدعي الجارية وهي كبيرة والام ساكتة ان الغلام ولد اولا وهو المذكور في الكتاب رابعا بجوابه ووجهه والخامس ان يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا والجواب انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق والسادس ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا والجواب ان الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد انفصل عن الام في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه الشهادة على طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى عتاق احد عبديه كذلك عندهما وعند ابي حنيفة رح هي باطلة الا ان تكون في وصية استحسانا على ما نذكره واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وانما اختلف الحكم على هذه الطرق بناء على ان العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما ووجه قولهما ان لا احتياج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به ويصح ايجابه في المجهول وكل ذلك دليل على كون العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية ودفع ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهور ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته

والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد (المشهود به) شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها

نهاية

ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة والامام يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط
الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرنا
فصار كالشهادة على عتق احد العبدين هداية

فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان
من حقوق الشرع تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك
تقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك من
حقوق الشرع فكان الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان قال
قيل لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر
الديني ولما قبلت الشهادة على عتق امة هي اخت مولاها من الرضاعة
اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل
شهادتهما بالاتفاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني
اذا لم تقع الحاجة الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه
معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجبه
لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها بالحرمة
الا يرى انه جاز له ان يزوجها وان يبدل بضعها له واذا كان كذلك
كان فيه تحريم الفرج واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على
ما ذكره بقوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده الخ المسئلة
وقوله لان الدعوى في المجهول لا يتحقق قيل عليه اذا ادعيا
ذلك وجب ان يقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين واجيب
بان صاحب الحق احدهما لا بعينه فدعواهما دعوى غير صاحب الحق
وبان الدعوى ح لا يكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على احد
العبدين لا على العبدين وقوله ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه
كصورة تعتق على ابي حنيفة لان الدعوى ليست بشرط في عتق الامة
ولم يسمع البينة ههنا وجه دفعه ما ذكره بقوله لانه انما لا يشترط

قوله لان الشهادة على احد اقول يمكن ان يكون الدعوى ايضا كذلك

الدعوى

ويشهد الكل اذا شهد على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا
على تدبيره في صحته او مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير
حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه
خلف وهو الوصي او الوارث
هداية

قال المص واداء الشهادة في مرض موته اقول قال ابن الهمام والاولى نفيه الصحة

الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب
تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه يعني قوله له ان الملك قائم في الموطوءة
الا قوله ولهذا حل وطئها ومعنى قوله انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق
اذا حصل استلزم ان يكون الوطء بعده زنا واعترض بان عتق
العبد ايضا يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله فوجب
ان تستغنى الشهادة فيه عن الدعوى والجواب ان لازم عتقها
من اعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن
ان يكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطاء وقوله اما اذا شهدا
انه اعتق احد عبديه في مرض موته بيان قوله الا ان يكون في
وصية استحسانا وقوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية
يعني سواء وقع حال الصحة او في حال المرض والاستحسان وجهان
ذكرهما المص احدهما ان التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية
والخصم في الوصية انما هو الموصي لان تنفيذ الوصايا من حق الميت
فكان الميت مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي او الوارث
فتقبل الشهادة والثاني ان العتق لشيع بالموت فيهما لانه يجب
العتق في احدهما في حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا
يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولم
يذكر وجه القياس وهو ان المقضي له مجهول والدعوى من المجهول
لا تتحقق لظهوره مما تقدم ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما
حر قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال
بعضهم لا تقبل لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم

ولان العتق المبهم يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه
قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع هو الصحيح
هداية

[illegible]

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل الدار عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوض عنه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا قال ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين

هداية

وقال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما وكان كل واحد منهما خصما متعينا فكان دعواهما صحيحة فهي تقتضي قبول الشهادة والله اعلم

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو ان يجعل العتق جزاء للشرط ولما كان المعلق فرع المنجز اخر التعليق عن التنجيز قوله ومن قال اذا دخلت الدار ظاهر واعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه ما اشتراه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك أجيب بانه وجد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول الدار فهو حر بخلاف تلك المسألة لانه لم يوجد الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة وقوله لما قلنا يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وقوله لان قوله كل مملوك لي للحال قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن مالكا له في الحال لكان هو وغيره سواء وقوله ومن قال كل مملوك لي ذكر تجز ذكرها ومبناها ان المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل لما ذكره في الكتاب وقوله وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي لم يدخل الحمل فيدخل الحمل تبعا بناء على ان هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي

ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رض وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي فهو حر يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها

هداية

وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين

هداية

فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه بعده وقوله بعد غد ظرف لقوله املكه فانه قدم لقوله املكه فان املكه للحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود وقوله لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبر ان ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التمييز يخالف رواية النحو فهي انه مشترك بين الحال والاستقبال وظاهر المص يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح احدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم واقول قول المص ولذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل في احد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجتمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المص لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مدبر مطلق والآخر ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له ان يبيعه وان مات عتقا من الثلث مشتركين فيه وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه وهو

ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاده بعد يمينه

هداية

وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا
صار هو مدبرا دون الاخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة
المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية للاولاد
فلان اي الثابتة من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب
العتق يتناول العبد المملوك

اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المترقبة وهي حالة الموت

مراد ولا يجوز ان يكون غير مراد على اصلنا ولهما ان هذا ايجاب عتق
وايصاء اما انه اي عتق فبقوله كل مملوك املكه اوما فهو حر واما انه
ايصاء فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك ففي الوصايا
تعتبر الحالة المنتظرة اي المترقبة والحالة الراهنة اي الحاضرة سميت
بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمرء محبوس فيها لا في قبلها ولا فيما
بعدها كذا في الشروح الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد
الوصية وفي الوصية للاولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن يولد بعدها
اذا مات الى وقت موت الموصي والايجاب انما يصح مضافا الى الملك
او الى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك
اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا
يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة
المترقبة وهي حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي
كان في ملكه لانه لم يتناول الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم
الاضافة الى الملك والى سببه ولا من حيث الايصاء لانه يكون عند
الموت وكان حال التملك استقبالا محضا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حال
التملك واما عند الموت اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه قال كل مملوك لي او املكه
فهو حر لدخوله تحت الحالة المترقبة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض وصية
بخلاف قوله كل مملوك املكه او لي حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب
العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة
الى الملك والى سببه فافترقا وعلى هذا قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك
معطوف على قوله وفي الوصايا معنى لا ان يكون جواب سوال مقدر كما ذهب اليه

وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي
او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه
ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال بانكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن
بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد والله اعلم بالصواب

باب العتق على جعل ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد
عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه
معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه

بعض الشراح قال وهو ان يقال ينبغي ان لا يتناول الايجاب المشترى اصلا لا في الحال
ولا في المآل لان التناول انما يكون مضافا الى الملك او الى سببه وليس احدهما حقه
موجودا فاجاب بان تناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالي وقوله ولا يقال انكم
جمعتم بين الحال والاستقبال اشارة الى جواب ابي يوسف ولعله اراد بقوله بسببين مختلفين
ايجاب عتق ووصية الالفاظ والدلالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز
من صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافي بين طرفي الكلام ان كان المراد ايجاب
عتق في الحال او كونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال
هذا الكلام تدبير والتدبير حقيقة وقع وصية والوصية يعتبر فيها الحالة الراهنة
والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد عند الموت وما بينهما فليس بداخل
تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان اسهل تأتيا واسلم من الاعتراض
باب العتق على جعل الجُعل بالضم ما جعل للانسان من شيء
على شيء يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما اخره عن العتاق لكون المال غير اصيل في
باب العتق ومن اعتق عبده على مال اي مال كان من عروض وحيوان وغيرهما مثل
ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف
تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق ساعة قبوله
لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط اداء الالف كما لو قال ان اديت
الي الفا لانا نقول انها انما تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في
الافعال دون الاعيان لان في بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل لما
قبل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف ثمة القرينة
دلالة الحال وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك
نفسه فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها

ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه
حتى يصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف
واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه

احدها العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان
ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لان المولى يملكه فكان ما بذله في مقابلة
المال والثاني ان العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الى نفسه لكونه مبنيا على اصل
الحرية ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك يسقط ملك المولى
في ذاته بالاعتاق او بيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان
في بعض الشروح وهذا التعليل يشير الى ان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة
الى نفسه فكان ما بذله في مقابلة ما هو مال عند المولى والثالث ان العبد لا يملك نفسه بهذا
العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به في يده شيء من المال غاية ما يقال انه يثبت له به
قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل ما هو
قوة شرعية وهذا اقرب منهما واذا ثبت انه معاوضة فمن قضية المعاوضة
ثبوت الحكم بقبوله العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وان رد او اعرض
عن المجلس بالقيام او بالاشتغال بما يدل به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما شرط
دينا عليه حتى يصح الكفالة به لانه دين صحيح بخلاف بدل الكتابة حيث لا يصح به
الكفالة لانه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف القياس
اذ القياس يقتضي ان لا يستوجب المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف القياس
ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة
ولم يتعد الى الكفالة وقوله واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد يعني في قوله
ومن اعتق عبده على مال وقوله فشابه النكاح يعني اذا شابه ذلك جاز ان
يثبت الحيوان دينا في الذمة مهما كما جاز ذلك في تلك العقود وكذلك الطعام والمكيل
والموزون اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على الف قفيز حنطة ولا يضره جهالة
الوصف بان لم يقل انها جيدة او ردية ربيعية او خريفية فان جهالة الوصف

لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام
والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا يضره جهالة الوصف لانها يسيرة

قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر
ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء انتهى من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء
وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب
بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على
قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية

لا يمنع صحة التسمية لكونها يسيرة وقوله ولو علق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة
اعني قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر صيغة التعليق فيتعلق عتقه باداء
المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده
وللمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط وقوله من غير ان يصير
مكاتبا يعني لا يثبت احكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء فالمال للمولى
ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من اكسابه
ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حط المال او ابرأه المولى لم يعتق
ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله ومراده التجارة يعني
من الترغيب في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاختيار دون التكدي لانه دناءة
ام وخسة وقوله وفي سائر الحقوق يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة
وما يشبهها وقوله انه يعني المولى ينزل قابضا بالتخلية برفع الموانع سواء قبض او
لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو مفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب
او الحبس وقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا احتراز عن الكتابة فانها
ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة
وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه وقوله ولهذا لا يتوقف على
قبول العبد توضيح لكونه تصرف يمين وقوله ولا جبر على مباشرة شروط
الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله لانه لا استحقاق تفريع ما لا جبر لاستحقاق
ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا يمكنه البيع قبل الاداء وقوله بخلاف الكتابة
متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله لانه اي لان عقد الكتابة
معاوضة والبدل فيها واجب فكان الجبر بعد الاستحقاق ولنا انه تعليق نظرا
الى اللفظ كما ذكرنا ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه

وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف
على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف
الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب

ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصد لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع
المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق
في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا

على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا
كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ بان يقول ان اديت الي الفا فانت
طالق حتى لو طلقها بهذه الصيغة كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ
ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري
الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور
عن العبد فانه ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول
فان قيل لا يمكن جعله معاوضة اصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك
المولى لانه قبل الاداء عبد وهو ما في يده لمولاه اجيب بانه لما ثبت عند الاداء
معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وان يصير العبد احق
بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء حتى وجد الاداء وصار كما اذا كاتب
عبده على نفسه وماله وكان الكسب مالا قبل الكتابة فانه يصير احق بذلك المال
حتى لو ادى ذلك عتق كذا في النهاية وغيره منسوبا الى المبسوط لشيخ الاسلام
وفيه نظر من وجهين احدهما ان ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من
اثباته والثاني ان حصول شرط صحة الشيء بعبارة لا تقتضي صحته فضلا عن
حصوله اقتضاء ولعل الصواب والجواب ان يقال لما صحت الكتابة والمعنى
الذي ذكر ثم قايم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلان يقع العتق على المال
وفيه معنى التعليق اولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة وقوله فعلى هذا اي على العمل
بالشبهين يدور الفقه ويخرج المسائل المتعارضة يعني ان قوله
ان اديت الي الف درهم فانت حر الحق في بعض الاحكام بمحض التعليق وهي
ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة وهي
جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا ومعاوضة نظرا الى المقصد عملنا

حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد قبل الاداء وجعلناه معاوضة
في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج
المسائل نظيره الهبة بشرط العوض

ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي
ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه
لانه مأذون من جهته بالاداء منه

هداية

بشبه التعليق في حالة الابتداء وبشبه المعاوضة في حالة الانتهاء كما في الهبة
بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع واشترط القبض في المجلس
وبيع انتهاء حتى يمتنع الواهب عن الرجوع ووجبت الشفعة في العقار وترد بالعيب
ولو ادى البعض يجبر على القبول لان الذي اتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت
الاجبار على قبول الكل يثبت في البعض كما في الكتابة وهذه رواية الزيادات
وقيل هو استحسان وما ذكر في المبسوط لشيخ الاسلام انه لا يجبر على قبول
البعض لان معنى الكتابة عنده ما يثبت من حيث انه يعتق بمال اداه الى المولى
وانما يعتق باداء الجميع فما لم يوجد اداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو قياس
الا انه باداء البعض لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض
وادى البعض الباقي لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم
يوجد كله واذا حط البعض الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف
الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابرأه
عن الكل او البعض ولو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق
اما الرجوع بالف اخرى مثلها فلان الالف التي اداها كانت مستحقة من جانب المولى
فلا يحصل المقصود باداء لان مقصوده ان يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه
فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك واما انه عتق فلوجود
شرط الحنث لان كون الالف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب
مال انسان وادا ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس وهذا ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بسائر الشروط ووجه الظاهر
ما ذكره بقوله لانه تخيير يعني تخيير للعبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير
بمشيئة العبد اذا قال انت حر ان شئت فان قيل قد تقدم انه يصير مأذونا بانه

ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل
للوقت بمنزلة متى

هداية

ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق

بعد ايام

في التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس اجيب بان الاذن يكون في صورة اذا اديت او متى اديت فان الاداء حينئذ لا يقتصر على المجلس ويجوز ان يقال لا تنافي بينهما لجواز ان يكون ماذونا بالتجارة ويقتصر على الاداء على المجلس بتحرفه ويؤدي المال قبل الافتراق بالابدان ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل ما هو كذلك يقتضي ان يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى زمان والقبول متاخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه ايجاب التدبير في الحال على ما سيجي فيكون القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق اذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف المولى عتقه على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على معتقه فان قيل لما لم يجب المال في المدبر على الالف ما الفائدة في تعليق التدبير بالقبول اجيب بانها بيان انه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال وقوله قالوا يعني المشايخ لا يعتق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد موتي على الف درهم وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث او الوصي او القاضي لان الميت ليس باهل للاعتاق في ذلك الوقت قال المص وهذا اي قولهم انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث صحيح بناء على انه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار

قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح

بعد ايام

قوله اجيب بان الاذن يكون في صورة اذا اول الاقتصار على صورة اذا ... فانه ... قال ... ان اديت ...

قال ومن قال اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا

بعد ايام

فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه اخر وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه يتعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل انت مدبر على الف درهم معناه انت حر بعد موتي على الف فيكون كمسئلة الكتاب يعني فينبغي ان يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول ايضا فيه اجيب بان هذا ايجاب من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الايجاب معتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفي مسئلة الكتاب اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين وصورته قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل العبد فعتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وهو قول ابي حنيفة الاول رح عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة صلحت عوضا عن العتق وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم في الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلحت صداقا مع ان الله تعالى شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وهي اي مسئلة بيع نفس العبد منه بجارية

فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلاف فيه بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة

بعد ايام

ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر بالوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم على ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم على ففعل حيث يجب الالف عليه لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل في باب الخلع

هداية

اذا استحقت معروفة في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك وجه قول محمد ان الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق لا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة لموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا في المنحة ولقائل ان يقول هذا مناقض لما قال المص في اول الباب في انه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب ان الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه كما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما في صح بأي مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد وقع العقد على الجارية فيلزمه قيمة العبد على ما نذكره واما المبني عليه فوجه محمد ان هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله وكذا بموت المولى يعني ان موت المولى في هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي لم يذكر في بعض النسخ علي اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر في بعضها للتأكيد والمسئلة ظـ وقوله وقد قررناه من قبل يعني في الخلع في مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والاوفق ان الاجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لها بالطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الرقبة عنها لا غير فكما جاز التزام المرأة المال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق

ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب حصة ما يسلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم له وهو البضع

هداية

قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس للاجنبي كما للعبد حيث لا يثبت له به شيء اصلا وكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز وقوله ولو قال اعتق امتك عني بالف درهم والمسئلة بحالها اي قال على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله على ما عرف يعني في اصول الفقه وفيه شبهتان احدهما ان هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانه ادخل صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب ان لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والثانية ان البيع اذا كان فاسدا ويجب قبض العوض يجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن لنفي هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي واجاب الامام شمس الائمة السرخسي عن الاول بان الامة تستفيد بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها اذ في قبض واذا القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع مدرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله فلو زوجت نفسها منه يعني في المسئلتين لم يذكره في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل عني بعدم صحة الضمان وهي للمولى اي حصة القيمة للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحياة لمناسبة والتدبير في اللغة هو

فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

هداية

باب التدبير اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك

عداه

النظر الى عاقبة الامر وفي الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك او انت مدبر او دلالة كقوله اذا مت فانت حر او انت حر مع موتي او في موتي وكقوله اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بعتقك او بثلث مالي وحكمه انه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه وسعى في ثلثيه وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات من دخول الدار ومجيء راس الشهر وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بالاتفاق ولان التدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو اوصى برقبته لانسان ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر ولانه اي التدبير سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت فلا بد لها من سبب ولا سبب غيره ثم اما ان يكون سببا في الحال او بعد الموت لا جائز ان يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تاخير السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم فيكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين ان يكون سببا في الحال واعترض على المص بان هذا الكلام مناقض لما ذكر في اخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت واقول قوله ثم جعله سببا في الحال او ما يدل على ان جعله سببا في الحال وان كان المذهب عنده انه ليس بمقابل متخيل بما ذكره هناك على غير الاول فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية منجي بن اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا بعد الموت واختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب اليه الاصحاب اولا فان قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق شيء من السبب ثابتا في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فجعل التدبير خالف

ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية

يعداه

بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق فامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا

شرط

عداه

سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي كما في سائر التعليقات اجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط واعلم ان في كلام المص غموضا لا ينكشف على وجه التحصيل الا بزيادة بيان فلا بد منه فنقول المانع هو ما ينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم واذا ظهر هذا فلما القياس يقتضي ان يكون سائر التعليقات اسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لان اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه اشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان منافيا للحكم لا يمكن ان يكون سببا له وصفة كون تصرف التعليق يمينا تمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل ان لم تدخل الدار فانت طالق وقد نص في الكتب ان اليمين يعقد للمنع او الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه يقتضي الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين الا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين او ليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات اذ التسائر يقتضي البابع قلت ليس بيمين لتعليق حقيقة بامر كائن بخلاف سائر التعليقات واستثناه الطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة الا لم يكن اليمين احص من التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بامر كائن وليس بسبب في الحال والجواب انه اضافة لا تعليق وقوله فامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية فرق اخر

ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وإبطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك
قال وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وإن كانت أمة وطئها وله أن يزوجها لأن الملك فيه ثابت له وبه يستفاد
ولاية هذه التصرفات فلذا أنه
وإذا مات ح

بيع المدبر وسائر التعليقات ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه نظر السببية إلى ما
بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب ح وأما سائر التعليقات فمانع
السببية فيه إنما هو مانع الشرط ممكن لقيام الأهلية عنده فافترقا واعترض بأن
قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط لكن على طلاقها وهو صحيح ثم جن
عند وجود الشرط كما تقدم والجواب أن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود
الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء الحال لبطلان الأهلية كما ذكرتم في صورة
المجنون وأما إذا كان خلاف الأهلية إذ ذاك غير شرط وقوله ولأنه وصية
والوصية خلافة في الحال فرق آخر بينهما وتقريره التدبير المطلق وصية والوصية
سبب الخلافة في الحال لأن الموصى له خلفه في بعض ماله بعد موته كالوراثة فإنها
سبب الخلافة في الحال واعترض بأنه لو كان وصية لبطل إذا قتل المدبر
سيده لأن الوصية للقاتل لا تجوز وإن كان الجرح قبلها أو بعدها وفي البيع
لأن الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الأمر كذلك
والجواب عنهما أن ذلك في وصية لم يكن على وجه التعليق لأنها الوصية المطلقة
والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل و
جواز البيع وكونه رجوعا إنما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير
لكونه إعتاقا لا يقبل ذلك وقوله وإبطال السبب لا يجوز تتمة الدليل
متصل بقوله ولأنه سبب الحرية وما بينهما إلا أنه ثابت هذه المقدمة وتركيب
المقصد متى صحكه التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز إبطاله وفي
البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والإمهار ذلك أي إبطال سبب الحرية
فلا يجوز قال وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره التدبير لا يثبت الحرية في الحال
وإنما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حر

فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث المال لما روينا ولأن التدبير وصية لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير
ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى أنه لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وإن كان على المولى دين يسعى في جميع
قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل الإجماع الصحابة
رضي الله عنهم   وإن علق ح

دخل فيه المدبر وإذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وإن كانت
أمة وطئها وله أن يزوجها ولأنه بهذه التصرفات بالملك فهو ثابت
فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث المال لما روينا يعني من حديث ابن عمر رض
وهو قوله عم وهو حر من الثلث ولأن التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا
إلى ما بعد الموت ولا نعني بالوصية إلا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في
الحال لأنه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا وكل وصية تنفذ من الثلث
حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي رقبته وإن كان على المولى دين يسعى
في كل قيمته لأن الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه
رد قيمته وقوله وولد المدبرة مدبر هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في
بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لأن ولد المدبر إنما أن يكون
من أمة أو حرة فالأول رقيق لمولاها والثاني يتبع الأم في التدبير و
الكتابة وغيرهما دون الأب وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك
إجماع الصحابة رض وخصص أن عثمان رض في أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته
قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان بحضرة
الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف وقوله وإن علق التدبير بموته
بيان المدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول
إن مت من مرضي أو سفري أو مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه
لأن السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات فتمام رجع من
ذلك السفر وبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه
بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقه يستغني عما قدمناه وهو
أن المعلق به إذا كان على خطر الوجود كان يمين اليمين وقد عرفت

وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي أو سفري أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه
لأن السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لأنه تعليق عتقه بمطلق الموت
وهو كائن لا محالة   فإن مات ح

قال ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في اخر جزء من اجزاء
حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين
لما ذكرنا بخلاف

الى صفة كونه يمينا تمنع عن السببية اذ الكلام الى الحال ... ممكن
في معنى اليمين فكان سببا قال فقيل اذا لم ينعقد السبب في الحال
ففي اي وقت ينعقد الى العقد بعد الموت فليس بحال اهلية الايجاب
وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه موقوف قال ان مات
المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم
التدبير في اخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه وان عاش يبطل
التدبير ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا
يعني قوله لتردد في تلك الصفات بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة
ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكاين لا محالة وهذا الذي ذكره
رواية الحسن عن ابي حنيفة رح في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث
في نوازله لو ان رجلا قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة
قال ابو يوسف رح هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن
هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه
قال ان مت فانت حر ثم لو مات قبل السنة في الاول او قبل عشر
سنين في الثاني عتق ولو مات بعدها لم يعتق لانه لم يوجد الشرط
في المدبر المقيد باب الاستيلاد لما فرغ من بيان
التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه للمناسبة بينهما من حيث ان
لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد فان
الولد من اسمي الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة اذا ولدت الامة
من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها
لقوله عم لما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله عم وقيل له الا تعتقها

باب الاستيلاد

بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكاين لا محالة
اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع
ولان الجزئية

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما
على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما
مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن

قال اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة
البيع لان الحديث وان دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روى عن
ابن عباس رض ان رسول الله عم قال ايما رجل ولدت امته منه
فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث
الاول والتنجيز بالحديث الثاني ولا يقال لحلية البيع معلومة فلا يبقى
فلا يرتفع الا بيقين وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة
على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعها
ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان
الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة
وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت
هذه الحرمة معتبرة لتنجز العتق لان الجزئية توجبه ولست قائلين به
اجاب بقوله الا ان بعد الانفصال يعني ان الولد انما يعلم بعد الانفصال
وبعد الانفصال يبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما
مؤجلا الى ما بعد الموت فتعاضد المنقول بالمعقول في اثبات حكم مؤجل
الى ما بعد الموت وهو العتق فحرم بيعها في الحال لثبوت حق الجزئية فان
قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه
بعد موتها وليس كذلك اجاب بقوله وبقاء الجزئية حكما ومعناه ان
بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل في ثبات النسب
هو الاب لان الولد ينسب اليه والام ايضا بواسطة الولد يقال ام
ولد فلان فكذلك في الجزئية فيثبت في حقهم لا في حقهن وقوله وكذا اذا
كان بعضها مملوكا له يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها

حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت
حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا

وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله قال وله
وطئها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا
ان يعترف به وقال الشافعي رح

احدها كانت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع ما لا
يتجزى وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل فقد ذكر في باب العبد
يعتق بعضه والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة
يقتصر عليه الا اخره فما وجه التوفيق بين كلاميه اجيب بان معنى قوله
لا يتجزى يتملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد
فاما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد متجزيا
على نصيبه فيتجزى الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار
اختلاف الموضوع والمحل بانه يحتمل ان يكون فيه روايتان عن ابي
حنيفة رح وذلك لانهما جعلا الاستيلاد متعديا عليه في انه لا يتجزى فكان
مجمعا عليه ثم اجاب عنه ابو حنيفة رح بانه متجز عنده في ذلك الباب
ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا في النهاية قال وله وطئها
واستخدامها واجارتها وتزويجها فقد ذكرنا ان الاستيلاد يوجب حق
الحرية لا حقيقتها فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له ان يطئها و
يستخدمها ويوجرها ويزوجها قبل ان يستبرئها فان قيل يشغل الرحم
بمائه يحتمل واشتغال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة اجيب بان محلية
جواز النكاح كان ثابتة قبل الوطئ وقد وقع الشك في زوالها فلا
يرتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا
تعود اليها بعد الزوال حقيقتها وذلك بعد العدة وقوله ولا يثبت
نسب ولدها اي ولد الامة رجوع الى ما ابتدأ به اول الباب بقوله
اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له وام الولد يثبت نسبه من غير دعوة
على ما يجي في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم

المدبرة

قوله اجيب بان قوله لا يتجزى اقول فيه بحث بل المراد
لا يستغنى على التجزي كما يعلم بما تقرر وينبغي في قوله لان
هذا الكلام المراد ويعرف منه بسبب ان الا عدم زنا
المسئلة معارضة ظاهر او هو كونه من غير لوجود
احد الدليلين ولما ذكرناه الشارح فيه ما لا يخفى
ش

وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطئ وانه اكثر افضاء
اولى ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة
ملك اليمين من غير وطئ بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة قال فان جاءت بعد
ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقراره
معناه صح

المدبرة لحكم الامة في انه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى وقوله
الا ان يعترف به اي بالولد والاعتراف بالوطئ غير ملزوم وقال الشافعي رح
يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما يثبت النسب بالعقد اي بالنكاح
الذي هو مفض الى الوطئ فلان يثبت به وهو اكثر افضاء اولى ولنا
ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه
اي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما
او عدم نجابة اولاد الاماء عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين
من غير وطئ فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة بخلاف العقد لان
الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة لا يقال النسب باعتبار
الجزئية او بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا نقول لو كان
ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك واذا النظر الى الموضوعات الاصلية
والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطئ الامة ليس بموضوع له
فيحتاج اليها وان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان
قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها
فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله من غير لعان
ما لم يقض القاضي به او لم يتطاول المدة فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه
على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار
في المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم
في مدة التطاول قد سبق في اللعان وقوله لان فراشها ضعيف
واضح وقوله وهذا الذي ذكرناه اي عدم ثبوت نسب ولد الامة
بدون الدعوى حكم قضاء القاضي فاما الديانة فيتبغي فيما بينه وبين الله تع

معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا
انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه
الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم ح اي قضاء القاضي فاما الديانة صح

وهو سقوط التقوم او
نقصان القيمة عندهما

فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها اولم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظ يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها وجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ح

فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وقوله لان هذا الظ وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم العزل يقابله اي يعارضه ظ اخر وهو العزل او ترك التحصين قوله وفيه روايتان اخريان في بعض النسخ اخراوان وليس بصحيح وقوله عن ابي يوسف وعن محمد قيل فائدة تكرار عن دفع وهم من يتوهم ان الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف رواية الاخر فاما رواية ابي يوسف فهي انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها اولم يعزل حصنها اولم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه واما رواية محمد فهي انه لا ينبغي له ان يدعيه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفة رحمه الله هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر ان الولد منه فيلزمه ان يدعي وان لم يحصن او عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزم الاعتراف بالشك فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان اقوى من فراش ام الولد قوله ولو ادعاه المولى معناه اذا زوج المولى امته فولدت فادعى المولى لا يثبت

الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد ح

ويعتق الولد ويصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف ح

باب ام الولد

النسب منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد ويصير امه ام ولد له لاقراره وانما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله ويصير امه ام ولد له لان امومية ام الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم ح قوله ويصير ام ولد له هكذا نقل من فوائد مولانا حميد الدين الضرير رح قال قيل ينبغي ان لا تصير امه ام ولد للمولى لان امية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد واذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كان للبنوة وان كان ذلك الاقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة اقرار المولى محله وهو الملك وهذا الاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او بشبهة بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه به عن النسب فبقي معتبرا في حق الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد قال واذا مات المولى عتقت من جميع المال واذا مات المولى عتقت من جميع المال سواء كان زوجها اولا لما رواه محمد بن الحسن رح من حديث سعيد بن المسيب رض ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ومعنى قوله امر بعتقهن الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وانما ذكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث تاكيدا لانه فهم ذلك من قوله وان لا يبعن في دين ولان الحاجة الى الولد اصلية لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما انه يحتاج الى ابقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الاصلية مقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير

قوله وانما ذكر الدين اقول فيه انه ليس في السعاية يعني فلا يفيد تنكير الدين ما ذكره ثم لو كان التنفيه لا تستعين لتم ما ذكره قوله ولا يجعلن من الثلث اقول هو في المدبر لا يباع في دين ويجعل من الثلث

بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت ح

وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رح تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى فإن أسلم تبقى على حالها له أن إزالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجب وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق ولنا

لأنه وصفه بما هو من زوائد الحوائج وقوله ولا سعاية عليها أي على أم الولد في دين المولى للغرماء لما بينا أن الحاجة إلى الولد أصلية أي وفي بعض النسخ لما روينا يعني من حديث سعيد بن المسيب ووجه ذلك أنه لما قال ولا يبعن دل على انتفاء المالية وإذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية وقوله ولأنها يعني أم الولد ليست بمال متقوم حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة لأن ماليتها غير متقوم عنده وقد تقدم فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص فإن من له القصاص إذا مات وهو مديون ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من نحو ديونهم لأن القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئا متقوما وكذا إذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وكذا إذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفى لا يقدر الغرماء على منع المديون من العفو وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة رح مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده فإن القول بالسعاية قول بالتقوم إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها وقوله ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده جواب عن هذا الإشكال وقوله ولأنها يعني مالية أم الولد إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا أي كونها محترمة يكفي لوجوب الضمان جواب آخر لذلك الإشكال واعترض بأن الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد وأجيب بأن مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين

قوله وإذا عدمت ماليتها لم يبق إلخ أقول منقوض بالمدبر فإنه لا يباع لحديث وليس كما مر

ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه تندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه أما لو عتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولأنها إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك إذا عفى أحد الأولياء يجب المال للباقين ولو مات

ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد له ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له وقال الشافعي لا تصير أم ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور

ما يعني به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله وقوله كما في القصاص المشترك يعني إذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفى أحدهم يجب المال للباقين وإن لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه غير محترم لجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عند بعفو أحدهما ولو مات مولاها وهو النصراني عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد له ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب وهو إسلامها مع كفر مولاها وقوله فلو استولدها صورة المسئلة ظاهرة ونتقرر وجه الشافعي رح بهذه علقت برقيق وهو ظ ومن علقت برقيق لا تصير أم ولد لمن علقت منه لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لأنه جزء الأم في تلك الحالة أي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل وفي صورة النزاع ليس كذلك لأن الأم رقيقة لمولاها في تلك الحالة فلو انعلق الولد حرا كان الجزء مخالف الكل وقوله كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني أنها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها قيل في كلامه تسامح لأن قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت إذا علقت من الزنا وقوله وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل على أن هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للأول وهذا فاسد لأن العلة هو علوق الولد حرا عنده وليس الأم في صورة الزنا إنما يثبت أمومية الولد لأن الولد انعلق رقيقا لأن الزاني بها في تلك الحالة ملك مولاها ولنا أن سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل في أول الباب حيث قال ولأن الجزئية

[illegible]

له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف

بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى
اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد يثبت
نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح
من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد واذا وطئ اب الاب
مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت من الاب
لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر
الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع
للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين
فجاءت بولد فادعاه احدهما يثبت
نسبه منه لانه لما ثبت النسب في
نصفه لمصادفته ملكه يثبت في
الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان
سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ
الولد الواحد لا ينعلق من مائين
وصارت ح

فقد حصلت بين الواطئ والموطوءة والجزئية تثبت بينهما بنسبة الولد
الى كل منهما كملا وقد يثبت النسب بالنكاح فيثبت الجزئية بهذه الواسطة
واذا ثبت الجزئية يثبت امومية الولد وقوله بخلاف الزنا جواب
عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه لا نسب فيه اي في الزنا للولد الى الزاني فلا
يثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهي الجزئية الحكمية فلا يثبت امومية الولد
فان قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فعلام يعتق الولد من الزنا اذا ملكه
اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة
بخلاف امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة من الزاني
منقطعة فكان امومية الولد بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق
عليه لانه اي الاخ ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة
والمراد بالاخ الاخ لاب واما الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان
من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله واذا وطئ جارية ابنه ظ
قال واذا كانت الجارية بين شريكين هذه المسئلة قد مر ذكرها
في اول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها
هناك من حيث ان الاستيلاد يخرج الامة الى الحرية قبل الموت والى
حقيقتها بعده وذكر هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما يرد بعدم
تجزي الاستيلاد المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف
العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح فلا ما ننبه عليه
قوله فادعاه احدهما لا تفرقة في ذلك بين الصحة والمرض وقوله لانه
لما ثبت النسب منه في نصفه اي يرد عليه النقض وهو ان يقال لما لم
يثبت النسب منه في نصف الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت

وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه
اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها
لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف ح

الحكم الشيء يعقبه

[illegible]

بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار
واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه
على ملك الشريك وان ادعياه معا يثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما
وقال الشافعي ح

في الباقي ضرورة انه لا يتجزى الى اخر ما ذكر في الكتاب ويجاب عنه بتغليب
جانب المثبت للنسب احتياطا الا ترى انه يسقط الحد عنه بهذا
الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة فيتعقبه الملك
في نصيب صاحبه قال في النهاية هذا اختيار بعض المشايخ واما الاصح
من المذهب فالحكم مع علته يقترنان لما عرف في اصول الفقه واقول
يجوز ان يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي لا الزماني ومن يكون
واردا على الاصح من المذهب وقوله بخلاف الاب اذا استولد جارية
ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه وهذه
التفرقة بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك في النصف
قايم وقت العلوق وذلك يكفي الاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه
حكما للاستيلاد فيكون الوطئ واقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد
لكنه سقط بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب فلم يكن له ملك في
الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد ثم ملكه حملا
لامره على الصلاح فيكون الوطئ في ملكه والوطئ فيه لا يجب يوجب العقر
والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف مهر مثلها هكذا
في مبسوط شمس الائمة السرخسي وفي مبسوط شيخ الاسلام والمحيط
العقر قدر ما يستاجر بهذه المراة لو كان الاستيجار للزنا حلالا وقوله
فلم يتعلق منه شيء على ملك الشريك لانه لما علق انعلق حر الاصل لان
نصفه انعلق على ملكه وانه يمنع ثبوت الرق لما ذكرنا من ترجيح مثبت
النسب وان ادعياه معا يثبت نسبه منهما قال المص رح معناه
اذا حملت على ملكهما وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما

وقال الشافعي رح يرجع الى قول القائف لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سُرّ رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة رض ولنا كتاب عمر رض الى شريح رض في هذه الحادثة لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا لبيّن لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض وعن علي رض مثل ذلك ولانهما ح

لحاجتهم اشتراكا يهو واخر فيها ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا وقال الشافعي رح يرجع الى قول القافة وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتبع آثار الاباء في الابناء من قاف اثره اذا اتبعه والقافة هي بني مدلج منهم المجزز لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين اي ماءي فحلين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة رض روي ان رسول الله عليه السلام دخل على عائشة رض واسارير وجهه تبرق من السرور فقال اما علمت ان مجززا المدلجي مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وارجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز اظهار السرور ولوجب عليه الرد والانكار ولنا كتاب عمر رض عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما اي الولد يكون للاب الباقي من الابوين اللذين كانا اذا مات احدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحي دون ان يكون نصفه لورثة الاب الميت وقوله وكان بمحضر من الصحابة رض يروم به ايراده في معرض المجمع عليه وقوله في سبب الاستحقاق يعني الملك وقيل الدعوة وقوله احكام متجزية يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث فما يقبل التجزية كالميراث يثبت على التجزية في حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح يثبت في حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره وقوله الا اذا كان احد الشريكين استثناء من قوله وما لا يقبلها

ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور ح

بلغ

وسرور النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رض وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسُرّ به قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في النسب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ ح

يثبت في حق كل واحد منهما كملا وقوله وسرور النبي عم جواب عن قوله وقد سر رسول الله عليه السلام واختلفوا فيما اذا ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه ابو حنيفة ونفاه ابو يوسف وجوزه محمد في الثلاث قال ابو يوسف ثبت على خلاف القياس بقضية عمر رض فلا يتعداه وقال محمد الثلاثة قريبة من اثنين وقال ابو حنيفة رح سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجد وقوله فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها يعني تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لا تاثير للاستيلاد في ابطال ملك الخدمة واذا مات احدهما عتقت فلا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضى منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة رح وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ولو اعتقها احدهما حال حيوته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول ابي حنيفة رح وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان موسرا وتسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر يعني التقاص اي بالذي له وقوله كما اذا اقاما البينة يعني اذا اقاما البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركا بينهما على السواء فكذلك ههنا او اذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا ظاهرا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما ان يصدقه المكاتب او لا فان صدقه يثبت النسب ولا تصير الجارية ام ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب ايضا وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعوى المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب المولى وجارية

واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظ ح

ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكتساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره قال وقيمته

الابن كسب الاب ووجه الظاهر وهو الفرق بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكتساب مكاتبه بحجره على نفسه ولهذا لا يتملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها الا بتصديقه والاب يملك تملكه مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه وانما لا تصير الجارية ام ولده اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا ترى انه بحجره ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطء في ملكه وولدت منه فكانت ام ولده وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطء لان ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد او العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثاني وقوله لما نذكره اي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل في كلام المصنف نظر لانه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد الموهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب من اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونها ام ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف رح اجل قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض وقوله وقيمة ولدها معطوف

على قوله

قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولده لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه

على قوله عقرها وقوله وهو انه قبل اي الولد يعني ان الولد حصل له من كسب كسبه فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز ان يكون انه اي الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في برقه يعود الى الولد قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وح لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في ام الولد المغرور وقوله وان كذبه معطوف على قوله وان صدقه المكاتب وقوله ولو ملكه يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر يثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا ان معارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه

كتاب الايمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب التي هي هنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر الايمان عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تاثيرها الهزل والاكراه فيهما واليمين في اللغة القوة قال الله تع لاخذنا منه باليمين وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها

وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما يثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب

قال الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رح فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تع وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا

ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمها البر فيما يجب البر والكفارة عند فوته وانما قيد بقوله فيما يجب البر لان من الايمان ما يجب الحنث فيه على ما سيأتي والايمان على ثلثة اضرب لان اليمين بالله اما ان يكون فيها مؤاخذة اولا فان كانت فاما ان يكون دنيوية فهي المنعقدة او اخروية فهي الغموس وان لم يكن فهي اللغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه وذكر المضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب الا ترى انه اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم انه عمرو كان غموسا فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولولا الاثم لما كان كذلك واسمه يدل على معناه لانه سمي غموسا لانه يغمس صاحبها في الاثم ثم في النار قال شمس الائمة السرخسي اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمي النبي [illegible] لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعي رح فيها الكفارة لان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تع وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد بالله كاذبا فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة ولنا انها اي اليمين الغموس كبيرة محضة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة محضة لا يناط بها العبادة لان اسباب العبادات لا بد وان يكون امورا مباحة كما عرف في الاصول والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم وتشترط فيها النية فلا يناط الغموس بها بخلاف المعقودة لانها مباحة فجاز ان يناط بها العبادة وفيه بحث من اوجه

الاول

انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم وتشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان

ولو كان فيه ذنب فهو متأخر منفصل باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تع ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين

الاول لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجب الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وبهذا انتقض اجماع الثاني لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى بالطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها ماح لها لقوله عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها وماتان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطي وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشيء رفع الاقوى وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث وقوله ولو كان فيها ذنب جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب فلا يكون مباحة فلا يناط بها العبادة كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب بهتك حرمة اسم الله تع فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدأ لم يدخل في السببية ويرفعها عند الطريان بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل وكلامه ظ وقوله الا انه علقه بالرجاء اشارة الى ما قال في المبسوط قال محمد في تعليق نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما في النص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين اللغو منصوص مختلف فيها فانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي

ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تع لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

قال والقاصد

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى يجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن
جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي

ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن
زرارة بن ابي اوفى وعن ابن عباس في احدى الروايتين وروي عن محمد
انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول
الشافعي قال عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان
في الماضي او في المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضه وروت
عائشة رضه عن رسول الله صلعم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله
وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي بان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة
والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لان فائدتها المنع او الحمل وذلك
لا يتحقق في الماضي فكان لغوا واما الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم
فائدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد في اليمين سواء ولقائل
ان يقول في حصر الايمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر
لان قول الرجل والله اني لقائم الآن في حال قيامه مثلا يمين وليس
من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور ويمكن ان يلتزم بانه
ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما تقدم من تعريفها وانما هذا قسم وهو جملة
انشائية اكدت بها جملة اخرى والقاصد في اليمين والمكره والناسي وهو
ان يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا
وفي بعض النسخ ذكر الخاطي مكان الناسي وهو ان يريد ان يسبح مثلا
فجرى على لسانه اليمين سواء حتى يجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلاث
جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فان قلت اليمين
عقد تقوى عزم الحالف على الفعل او الترك فهو من الافعال الاختيارية
فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص

قوله وان كان فائدتها المنع اقول ولا يخفى ان ... الفائدة ... الماضي ... لا يخبر ...

قوله ولقائل ان يقول في حصر الايمان على الثلثة على التفسير المذكور نظر اقول ... الايمان ... صدر الشريعة ... فراجعه ...

قوله ذلك هو القياس وقد ترك اقول هو قول رسول الله عليه السلام ثلث جدهن جد الحديث

لا يقال

والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها سواء
لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط
حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

ولا اثر للعمد والاشتباه الا في عدم الرضا والقصد وذلك ليس بشرط كما مر

لا يقال النص معارض لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان
الحديث لانه محمل ونفي اليمين منتف وقوله والشافعي يخالفنا
في ذلك يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي وسنبين في الاكراه
ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء
اي فهو ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام لان شرط
الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا
فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحسي
وقوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة في ايجاب
الكفارة رفع للذنب والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب
فكيف يجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع
دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء داير
مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب
وان لم يوجد الشغل اصلا وان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امراة
ولقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون
اذا كان المدلول امرا خفيا في الاصل فيدور عليه وان لم يتصور
المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول وهو الذنب في هذه
الصورة عند الحنث معدوما محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام
المدلول

قوله ولقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول اقول والعلامة صدر الشريعة ... الاستبراء مع دليل شغل الرحم ... في كتاب الكراهية في شرح صدر الشريعة

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

لما فرغ من بيان ضروب الايمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون
واليمين بالله اي بهذا الاسم او باسم اخر من اسمائه كالرحمن والرحيم
او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم اخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف

لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره
حاملا ومانعا قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم
يقال اغفر علمك فينا اي معلومك   ولو قال

والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم
وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تع باسماء فاعلها كالرحمة
والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما
ان يجوز الوصف به او بضده او لا والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة
والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله
المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين و
مشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات
الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه
القياس ولكنه ترك للحجة بمعنى المعلوم ومشايخ ما وراء النهر على ان
الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وكل صفة لم يتعارفوه
ليس بيمين وهو مختار المص يدل على ذلك قوله تحلف بها عرفا وقوله
لان الحلف بها متعارف وقوله ومعنى اليمين وهو القوة الا ان
ذكره استظهارا لانه لما بنى الايمان على العرف كان وجوده مغنيا
عن النظر الى غيره وقوله الا قوله وعلم الله استثناء منقطعا
من قوله او بصفة من صفاته التي تحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم
يكن متعارفا كان استثناؤه من المعروف منقطعا والكلام في قوله
ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو
القوة حاصل في انه مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون
الى ذكره معتذرة عن وروده على اصلهم كما تقدم وقوله ولان الرحمة
قد يراد بها اثرها منقوض بقدرة الله لانه يقال انظر الى قدرة الله
والمراد اثره والاكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فيكون

كالعلم

ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان
الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط يراد بها العقوبة   ومن حلف

ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر
وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رض معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء
منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحرف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء
كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان
كل ذلك معهود في الايمان ومذكور
في القرآن   وقد يضمر

كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف
الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله متعارف وبعلمه ورحمته
وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد رح وامانة الله يمين ثم لما سئل
عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب يحلف بامانة الله عادة فجعله
يمينا كانه قال والله الامين ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان
يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم
حالفا فليحلف بالله او ليذر روى مالك رح في الموطا عن نافع عن ابن
عمر رض ان رسول الله صم ادرك عمر رض وهو يسير في ركب وهو يحلف
بابيه فقال رسول الله صم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم فمن كان
حالفا فليحلف بالله او ليصمت قال المص رح اما لو قال انا بريء منه
يكون يمينا لان التبري منهما اي من النبي والقرآن كفر ولقائل ان
يقول سلمنا ان التبري منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه
كفرا ليس بيمين ولا يستلزمها الا ترى انه لو قال بحياتك لا افعل كذا
واعتقد ان البر به واجب كفر وليس بيمين والجواب سيجيء عند قوله
ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني قال والحلف بحروف القسم
الحلف بالله انما يكون بحروف القسم ظاهرا او مضمرا وبحث حروف القسم
وكون الباء اصلا وغيره بدلا وجواز اضمار الحرف والنصب بعد الاضمار
على ما اختاره البصريون او الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية
في الاصل والاصوليون يبحثون عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها
والواصل الى حد الاشتغال بكتاب الهداية لا بد وان يكون قد خلف ذلك
وراءه والفرق بين الاضمار والحذف بقاء اثر المضمر دون المحذوف

قوله الا ان يقول في المنثور بحيث
الا انه مما قيل الكلام على المستثنى

وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل
ينصب لانتزاع حرف خافض وقيل يخفض فيكون الكسرة دالة على المحذوفة   وكذا اذا قال

وكذا اذا قال لله لان الباء يتبدل بها قال الله تع امنتم له آمنتم به قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس
كالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من
صفات الله وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله
اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان
الحق من اسماء الله والمنكر يراد به تحقيق
الوعد ولو قال

والمص رح ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التعليل وبطريق المساهلة
كذا في النهاية ويجوز ان يقال اطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر
الى النصب وقوله وكذا اذا قال لله في المختار احترز عما روى عن ابي حنيفة
انه قال لو قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوى لان
الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين والاثر لتغيير الا واتبع المتقدم به
نصا او ادا في منع صحة القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب
قوله وقال ابو حنيفة ظ وقوله والمنكر يراد به تحقيق الوعد يريد
الفرق بين الحق وصفا بان المعرف اسم من اسماء الله تع ولو ابتغ الحق
اهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب
بفعل مقدر فكانه قال افعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف
فضلا عن اليمين ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله
ظ واعترض بان اليمين ما كان عاملا على فعل شيء او تركه موجبا للبر وعند
فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر ثم قوله اقسم لا يكون
موجبا لبر شيئا بمجرده لانه لم ينعقد يمينه على فعل شيء او تركه فكيف
يكون يمينا ولان الكفارة انما تكون لستر الذنب الذي وقع فيه بسبب
هتك حرمة اسم الله وليس في اقسم مجردا هتك اسم الله فكيف يكون هو موجبا
للكفارة ولان قوله اقسم صيغة فعل مضارع فكما يكون هي للحال
كذلك يكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال يجب من
حيث انها للاستقبال ولم يكن واجبة قبل هذا فلا يجب بالشك لا سيما
في حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت
كالحدود واجيب بانه الحق بقوله علي يمين وهو يوجب الكفارة

ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه
الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال
والشهادة يمين قال الله تع قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود
المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله
ولو قال

ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا
ولو قال سوگند خوردم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان
عمر الله بقاء الله وايم الله

ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة علي للايجاب واليمين
لا توصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو
غير ممكن هنا او خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا
لكلامه عن الالغاء وكذلك قوله اقسم اخبار عن القسم في الحال وما ثمه
قسم لانه عبارة عن جملة انشائية يؤكد بها جملة اخرى كما تقدم ولم
يوجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب اليمين بطريق الخلافة لانك واذا
كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولانا لا نسلم
تصور هتك اسم الله تع ولانا نجعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا
كما ترى ليس الا انه قال علي يمين او اقسم ولم يزد على ذلك اما اذا قال اقسم
لا افعلن كذا او علي يمين ان افعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز ان يقال قد تقدم
ان اليمين عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وهو موجود و
العادة جرت باليمين به قال الله تع اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين وقال
واقسموا بالله جهد ايمانهم وقال يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال يحلفون
بالله لكم ليرضوكم وقال قالوا نشهد انك لرسول الله وقال فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله ولما جاز ان يكون ذكر القسم مضمرا جاز ان
يكون المقسم به ايضا كذلك وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم
الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد
منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله قال وكذا قوله لعمر الله
هذا معطوف على اصل المسئلة وهو قوله اقسم الخ والعمر بالفتح و
الضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم قال في المبسوط
لعمر الله يمين باعتبار المعنى قال الله تع لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من

مذهب بخوبی الكوفة بهاته

وَايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف بالقطين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام ومن نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما في تحريم الحلال ولو قال

فكانه قال حرمت على نفسي دخول الدار وانه يمين

صفات الذات فكانه قال والله الباقي وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة اي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية وقوله والحلف بالقطين يريد قوله لعمرك وايم الله متعارف يحلف بها في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يمينا وقوله وكذا وعهد الله وميثاقه ظ ومن قال علي نذر او نذر الله الا افعل كذا كان يمينا لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او كافر او مجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال وبهذا اجاب من قال انا بريء من الكعبة او النبي فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة عن ذلك واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا القول هو الموعود فيما تقدم وقد روي عن محمد انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول لكل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء والثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة وقوله ولو قال ذلك لشيء فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كما لو حلف به على امر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف لذلك اذا كان في الماضي وقيل هو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه

ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل وان قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف

على

قوله امكن القول بوجوبه لغيره اقول الامتناع عن البراءة عما ذكر واجب لعينه لا لغيره كما لا يخفى

قوله وهذا هو الموعود فيما تقدم اقول اراد به ما تقدم في ضعف ورقة وهو قوله ولعاقل ان يقول سلمنا والجواب ...

وكذا اذا قال

وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

فصل في الكفارة

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الاية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة قال فان

علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز فكانه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه ان كان عالما يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل قال في النهاية اما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ لكن ذلك الفعل المعين بالزنا والعين المعين بالسرقة جاز ان يكون حلالا لانه بوجه النكاح وملك اليمين فيتغير اصل انتقالهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا واما الخمر والربا فيحتملان النسخ اما الربا الخمر فظ فانها كانت حلالا ثم انتسخ واما الربا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه الا ترى انه يحل في دار الحرب اقول في كلام المص لف ونشر على غير السنن وذلك لان قوله لنسخ متعلق بشرب الخمر واكل الربا وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب الحل كما ذكر وهذا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اعادة فهو الحمل على الاول اولى فاذا كان كذلك لم يكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لان حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الاشياء ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة لكن في موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل ينقلب موجبه لها عند انتقاضها بالحنث فكلام واضح وكون الواجب احد الاشياء على التخيير او واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ما هو مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمة قوله وهو الصحيح احتراز عما روي

بين الفصل والتتابع

قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رح يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد رح وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة والله اعلم

والاقدم

وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه
التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث واليمين ليست بسبب لانه مانع
غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف

في نوادر ابن سماعة انه يجوز وفي رواية اخرى ان اعطى السراويل المراة لا
يجوز وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد الهوى بقدر ما يجوز به الصلاة
لان ستر العورة فرض لا يجوز الصلاة بدونه اما ما زاد عليه فقضيل
يعتبر للتجمل او التدفؤ فلا يوخذ عليه في الكسوة كما لا يوخذ عليه الادام في
الطعام وقوله لكن ما لا يجزيه من الكسوة يجزيه من الطعام باعتبار القيمة
لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجز عن الكسوة لان الاكتساء لا يحصل به
ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من
حنطة وكذلك لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب
كل منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم
ولكن يجزيه من الطعام وهل يشترط النية اولا ذكر شيخ الاسلام في ظاهر
الرواية يجزيه نوى ان يكون بدلا من الطعام او لم ينو وعن ابي يوسف اذا
نوى ان يكون بدلا من الطعام يجزيه بالمال وان لم ينو لم يجزه وان قدم
الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد
السبب وهو اليمين لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات
تضاف الى اسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة فاشبه
التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية هاهنا لانها
تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث وقوله واليمين ليست بسبب
جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب وهو اليمين ووجهه ان السبب
ما يكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث
وانما اضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم
بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت وقوله ثم لا يسترد من المسكين قبل وهو

ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث ويكفر عن يمينه
لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر يمينه ولان فيما قلناه
تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده

معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين
قبل الحنث لكنه لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول
الثواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فيكون قد وقعت صدقة
ولا رجوع فيها ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او
ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام
من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر
يمينه معناه من حلف على مقسم عليه من فعل او ترك لان اليمين تركبه
من مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لا افعلن او لا افعل فكان
فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفي بعض وجه الاستدلال به
نظر لانه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط
برؤيته غيرها خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي ان يرى ترك المعصية
خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله ولان فيما قلناه
يعني اداء الكفارة بعد الحنث تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا
جابر للمعصية في ضده اي ضد ما قلناه اي لا جابر لمعصية الحنث
فيما قاله الشافعي رح لان الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تقع الكفارة
السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية و
قال في بعض الشروح ولان فيما قلناه اي في تحنيث النفس والتكفير
بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر
كلا فوات فيكون المعصية اي اصله بتفويت البر كلا معصية لوجود
الجابر اما اذا اتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الاب وقتل
فلان بغير حق يحصل المعصية بلا جابر لها فيكون المعصية قائمة لا محالة

واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى
ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه
ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف
مشروع وهو اليمين ولنا ح

فلهذا افعل يحنث نفسه ويكفر من يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب
واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث اي لا كفارة
عليه وقال مالك والشافعي رض يكفر بالمال لان اليمين ينعقد للبر وهو منه
اهل لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى وهو يعتقد ذلك
وكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات
ولنا انه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون
معظما اذ الكفر اهانة واستخفاف بالحالف وهو ينافي التعظيم ولا هو اهل
الكفارة لانها عبادة بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فان
المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول او الاقرار والنكول لا ينافي ذلك
قال ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه
مثل ان يقول حرمت على نفسي هذا او طعامي هذا لم تصر محرما لعينه
وعليه ان استباحه اي ان فعل شيئا مما حرمه قليلا كان او كثيرا حنث ووجبت
الكفارة وقال الشافعي رح لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب
المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين كعكسه وهو تحليل
الحرام ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت به حرمة
لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم او لغيرها باثبات
موجب اليمين وفيه اعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه
وبهذا التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه
ان استباحه تنافيا لان الاستباحة انما تستعمل فيما كان محرما وقوله
ولم يصر محرما نافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما اي لعينه وقوله ان استباحه
اشارة الى الحرمة لغيرها وعورض بان اليمين انما تذكر مقسم به و

وان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه
ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم
اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل ح

تقديره والله لا افعل فعلا حلالا

ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر
فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح ووجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار
العموم فاذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول
المراة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا ينصرف اليمين عن الماكول والمشروب
وهذا كله جواب الرواية ومشايخنا

اي جواب ظاهر الرواية

هو عقد ذكر اسم من اسماء الله او صفة من صفاته كما تقدم او بان تذكر
شرطا وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا واجيب بقوله تعالى
بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك
في تحريم العسل او تحريم مارية اطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض
تحلة ايمانكم والراي لا يعارض النصوص السمعية ولو قال كل حل علي حرام
فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما
فرغ لان قوله هذا فوق ان يقال والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل
فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحنث وهو قول زفر رح ووجه
الاستحسان ان اليمين ينعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم لامتناع
ان لا يتنفس ولا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم
فيصار الى اخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة
جارية باستعماله في المتناولات وان لم يكن العموم مرادا لا يتناول المراة
الا بالنية واذا نواها كان ايلاء لما بينا ان هذا الكلام يمين فيكون معناه
والله لا اقربك وهو من صور الايلاء وهذا جواب ظاهر الرواية و
مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر
وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال
وعليه الفتوى وقوله وكذا ينبغي ظ ولم يذكر ما لو قال هرچه بدست
چپ گيرم بروي حرام وقد قيل لا يقع به الطلاق وان نوى ولو قال
هرچه بدست گيرم كان طلاقا قيل يقع به الطلاق وان لم ينو وقيل
لا يقع الا بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل ان يقول لله علي صوم
سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به لقوله عليه السلام من نذر وسمى

ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي
حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروي حرام انه هل يشترط النية و
الاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء لقوله عم من نذر وسمى
فعليه الوفاء بما سمى وان علق ح

وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط
كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة
ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا ح

فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط سواء كان شرطا اراد كونه
اليمين او لم يرد فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ولا ينفعه كفارة اليمين ح
لاطلاق الحديث فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا او معلقا بالشرط
ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده ولو تجز النذر عند وجود الشرط
لم تجزه الكفارة فكذا هنا وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه اي عن تعيين
الوفاء بنفس النذر الى القول بالتخيير بين كفارة اليمين والوفاء لانه
وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم شهر او صدقة ما املكه
اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء
بما سمى ايضا حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين ان يصوم ثلاثة ايام
وان يصوم شهرا وهذا مروي عن ابي حنيفة في النوادر ووجهه
ما روي في السنن مسندا الى عقبة بن عامر رض ان رسول الله عم
قال كفارة النذر كفارة اليمين قالوا هذا اذا كان شرطا لا يريد
كونه لان بين الحديثين كما ترى تعارض فحملوا الحديث الاول على النذر
المرسل وعلى معلق اراد الحالف كونه والثاني على معلق لا يريد كونه جمعا
بين الآثار والمعنى الفقهي في ذلك ان في الشرط الذي لا يريد كونه
كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا اما معنى النذر فظ واما
معنى اليمين فلانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيتخير ويميل الى اي
الجهتين شاء والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار
جهتين مختلفتين جائز كالعبد اذا اذن له لان النذر قربة مقصودة
واجب لعينه واليمين قربة مقصودة لغيره وهو صيانة حرمة
اسم الله تعالى بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفا الله

وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي
الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه
وهذا ح

الى

وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث
عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال
لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله تعالى اعلم بالصواب
باب ح

مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع لان قصده الاظهار الرغبة
فيما جعله شرطا قال المص رح وهذا التفصيل اي الذي ذكر بين
شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده هو الصحيح وفيه نظر لانه ان اراد
الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان اراد
صحة ما فيه من حيث الدراية لرفع التعارض فالرفع ممكن من حيث
حمل احدهما على المرسل والاخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه
وما لا يريده بل على ان فيه رعاية على القصور في الذهاب الى ظاهر الرواية
ومن حلف على يمين اي على ما عقد عليه من فعل او ترك وقال ان شاء الله
متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عم من حلف على يمين وقال
ان شاء الله فقد بر في يمينه رواه ابن مسعود وابن عباس وابن
عمر رض وقوله فقد بر في يمينه معناه لا يحنث ابدا لعدم انعقاد
اليمين وقوله الا انه لا بد من الاتصال استثناء من قوله فلا حنث
عليه لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين فان قلت هذا التعليل
في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل
قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود فهي التي
توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى اخراج العقود
كلها من البيوع والانكحة وغيرها من ان يكون لازمة وفي ذلك من
الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث
الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الادلة وقد روي عن ابن عباس رض
جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه باب اليمين
في الدخول والسكنى لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء او تركه

قوله وان اراد صحة ما فيه اقول فيه انه يجوز ان
يراد صحة ما فيه من حيث الدراية لدفع التعارض
من حيث المعنى الفقهي تم

قوله لما كان انعقاد اليمين اه
ويعلم منه ... تم

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعدت للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة تكون على السكة وقيل اذا

لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الواردة في اليمين فذكرها في ابواب وقدم الدخول والسكنى على غيرهما من الاكل والشرب ونحوهما لان اول ما يحتاج اليه الانسان الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه ساير الافعال من الاكل وغيره وله وقعت الاشارة في قوله تعالى يا ايها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء الاية والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبيتا باهله وقوله ومن حلف لا يدخل بيتا ظ والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود وقوله لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما اعدت لها اعترض عليه بان الله سمى الكعبة بيتا قال ان اول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا بقوله في بيوت اذن الله واجيب بان الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القران الا ترى ان الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت في اليمين لا يتناوله و استشكل بما قال في الفوايد الظهيرية اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجي الجواب ان شاء الله تعالى وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار قال في المغرب ظلة الدار هي السدة التي فوق الدار وقول المص والظلة تكون على السكة اراد بها الساباط التي تكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وبهما لم يحنث لانه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان مفتي الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص

وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوايط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف

بعينه لانه ليس من جملة بيته وقوله وقيل اذا كان الدهليز ظ و ان دخل صفته حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي للذي يبنى للبيتوتة فيها شتاء او صيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوايط اربعة وهكذا كانت صفاف اهل الكوفة فرايت صفافهم ذكر عن ابي حازم القاضي ان هذه استشكلت علي حتى دخلت الكوفة ورايت صفافهم مبنوية فعلمت ان الايمان وضعها على تعارفهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه يعني سواء كانت ذات حوايط اربعة او ثلاثة هو الصحيح دون الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة وهذا المعنى موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فمنها ما قال لبيد • عفت الديار محلها فمقامها • بمنى تابد غولها فرجامها • عفا يعفو لازم ومتعد وههنا لازم تابد المنزل اي اقفر والقفر الوحش والغول والرجام موضعان يقول عفت الديار الاحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية وقال قائلهم • الدار دار وان زالت حوايطها • والبيت ليس ببيت بعد ما انهدما • وهذا ظ وقوله والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغايب معتبر لما ذكر في الاصول ان المحلوف عليه لا بد وان يكون

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغايب معتبر ولو حلف

معلوما فاذا كانت مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة
الى معرف بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبرا و
اعترض بوجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع الشراء
للموكل اذا وكل رجلا لشراء دار فاشترى دارا خربة لانها غير موصوفة
وهذا نقض اجمالي والثاني ان البناء لا يخلو اما ان يكون داخلا في المسمى
او لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة والحضور
في الدخول كالوصف وان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف الحال ايضا
في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا لا ينعقد يمينه برجل فاقد
عالم او غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذا معارضة اجيب
من الاول بان الدار في الوكالة توقفت بوصف لان التوكيل بالشراء انما
يصح عند بيان الثمن والمحلة وليست في اليمين كذلك فلا يلزم
من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة ومن الثاني بان
البناء صفة متعينة للدار فجاز ان يكون مرادا بحكم العرف لتعينه
فيه وفي الرجال التزاحم في الصفات ثابتة من العلم والعقل و
القدرة والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها
تمتنع ارادتها عادة وليس البعض اولى من البعض في الارادة فتمتنع الارادة
اصلا كذا في النهاية محالا الاعلى العوائد الظهيرية ورد بان البناء صفة
الخراب فكان الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة
فهو من حيز النزاع واقول في جواب المعارضة المذكورة من التقسيم
غير حاجة لجواز ان يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى الوصف غير
داخل في المعرف لاستغنائه عنه ولو حلف لا يدخل هذه الدار

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان
جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم اخر عليه وكذا اذا دخله
بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم
وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت
فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت
الحيطان وسقط السقف يحنث
لانه يبات فيه والسقف وصف
فيه وكذا ح

فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام
وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لاعتراض
اسم اخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم واليمين
قد انعقدت لما يسمى دارا ولم يبق وقوله وكذا اذا دخله بعد انهدام
الحمام ظ قال وان حلف لا يدخل هذا البيت وان حلف
لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال
اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط
السقف حنث لبقاء الاسم قال الله سبحانه وتعالى فتلك بيوتهم خاوية
في بيوت منهدمة السقوف ولانه يبات فيه فكان السقف وصفا
فيه وكذا اذا بنى بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وانه
صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب موجب لاختلاف العين
فلا يكون داخلا في البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا في الشروح و
من حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها بالصعود اليه
من خارج حنث لان السطح من الدار لان الدار عبارة عما احاط به
الدار وهو حاصل في علوها وسفلها الا ترى ان المعتكف لا يفسد
اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف
عليه ولا يظن ان السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلامه
لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح
لا يحنث في عرفنا قال الفقيه ابو الليث في النوازل ان كان الحالف
من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار
وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ذكره القدوري مطلقا وقال المص رح

وكذا اذا بنى بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف
على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد
وقيل في عرفنا لا يحنث قال وكذا ح ح

قال وكذا اذا دخل دهليزا لم يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رح

ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم يعني به قوله اذا اغلق الباب بقي داخلا وهو مسقف وقوله وان وقف في طاق الباب ظ وقوله وجه الاستحسان تقرير القول بالموجب يعني سلمنا ان للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال بدل الانفصال اولى لكونه حركة اينية تسمى نقلة وقوله ولو حلف لا يلبس الثوب ظ وقوله فرع قياس وقولهم استحسان وحاصل كلامه ان الافعال على ضربين ضرب يقبل فيه الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التاقيت وعدمه فما قبل التاقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين اي فلا تمكث قاعدا لانه عليه السلام كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لها كلما ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت وان مكثت مثلها طلقت اخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلي ان اتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه اكثر من ذلك واجيب بان الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد وانما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازا عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت وقوله ولو نوى الابتداء

وقال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

ومن حلف

الخالص

ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح

من الجواب

ثم قال رح

الخالص يصدق به لانه نوى محتمل كلامه سماه محتملا وان كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا واما اذا كان راكبا فالابتداء محتمله وقوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار يعني وهو متاهل بدليل قوله فخرج هو ومتاعه واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متاهلا بل هو ممن بمنزلة غيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتاهل اذا حلف فاما ان حلف على الدار او المصر او القرية فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه وان كان الثاني يكتفي بنقله الى مصر اخر على ما روي عن ابي يوسف وان كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيها حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والكلام في ذلك الوقف لبس الاثم اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكر في الكتاب واعترض على قول ابي حنيفة بان سكناه كان بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع فاذا خرج ببعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء البعض واجيب بان الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر بلا تاخير حتى يبر وقال الشافعي لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او بمنع ذي سلطان او بعدم موضع اخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة الضرورة مستثناة خلافا لزفر وكذا لو شد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد احدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقل ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر ونوقض بما ذكره الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رح ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامراته طالق فقيد ومنع من الخروج حنث وكذا لو قال لامراته وهي في منزل ان لم تحضري الليلة منزلا فانت طالق فمنعها الوالد عن

ثم قال ابو حنيفة رح لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رح يعتبر نقل ما يقوم به كذخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر بلا تاخير حتى يبر

حتى يبر

فان انتقل رح

فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر وذكر في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما
لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث
لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت وان اخرجه الخ

الحصول يحنث واجيب بان مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى وانه فعل
وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة
واما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى الاختيار
فان انتقل الى السكة او المسجد قالوا لا يبر وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا
دليل الاول ما ذكره في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ
وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا وصورته كوفي نقل
الى مكة ليستوطن بها فلما دخلها وتوطن بها طرأ له ان يرجع الى خراسان فمر
بالكوفة فانه يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة
فان بدا له في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن مكة ويرجع الى
خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم
ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هذا وفي بعض الشروح قالوا لا يبر معناه اذا
لم يكن في طلب مسكن آخر اما اذا كان وبقي على ذلك اياما فلا يحنث في الصحيح
وان لم ينتقل الى السكة او المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة
فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة باب اليمين
في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك ذكر الخروج ههنا لتناسب
لانه كالمعاكسة المضادة بالدخول واما الاتيان والركوب فمما يتحقق بعد
الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد
الخ وكذلك الحكم في الدار والبيت قوله ولو اخرجه مكرها وصورته
ان يحمله انسان فاخرجه مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكما
واما اذا هدده بغيره فخرج بنفسه خوفا من الاكراه يحنث لوجود الفعل منه ثم هل
ينحل اليمين اذا حمل مكرها قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فذهبت به

قوله شرط الحنث السكنى اقول لان السكنى هي الكون على الدوام والاكوان بديهية الوجود عند المتكلمين ع

وان اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لم يحنث في الصحيح
لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف الخ

ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى
والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد
مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها
لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان
وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال ولو حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء
من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة
الصحة دون القدرة وفسره الخ

المرجع والعنة عنها لم يحنث وتنحل اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح وقوله
في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لانه لما
كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج وقوله والمضي
بعد ذلك ليس بخروج يعني ان الخروج عبارة عن الانفصال من الداخل الى
الخارج ولم يوجد وقوله ومن حلف لا يخرج الى مكة ههنا ثلاثة الفاظ
الخروج والاتيان والذهاب والاول شرط الحنث به الانفصال على المجاوزة
عن عمران مصره قاصدا الى ذلك دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من
بيته مهاجرا الى الله واراد به الانفصال والثاني شرطه الوصول قال
الله تعالى فأتيا فرعون فاذا وصل حنث سواء كان قاصدا او لم يكن
والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصر بن يحيى وهو بمنزلة الاتيان
لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد بن سلمة
هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس
اهل البيت والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط
فيه الوصول قال المص وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال ولو حلف
ليأتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة الصحة دون القدرة
اعلم ان الاستطاعة يطلق على معنيين احدهما صحة الاسباب و
الآلات قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا
وفسره رسول عليه السلام بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية
وهي نوع حدث يترتب عليها الفعل عند ارادته ارادة جازمة يخلقه
الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون
السمع اذا عرفت هذا فيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف

قوله وقيل لا تنحل وهو الصحيح اقول لو حلف لا يشرب الخمر فصبت في حلقه كرها ثم شرب طوعا هل يحنث ينبغي ان يكون على هذا الخلاف المذكور في الفتاوى انه يحنث ع

وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث و
ان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل
ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نيته
الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ولو حلف الخ

ولو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لانه يحتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فيتنهى اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت ج

ای المنع العام

وان عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى اي اراد حقيقة كلامه وقد يصدق قضاء ايضا لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خروج حتى لو اذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره والله لا تخرجي الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه اي ما وراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء ولو قال الا ان اذن لك كفى اذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الا ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه ذكرنا في الانوار والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية كلمة تفيد معنى الغاية لان الا ان ليس موضوعا لها بل للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو ان حكم ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعدها قال ولو ارادت المراة الخروج صورة المسئلة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته وتفرد ابو حنيفة رح باظهاره اي باستنباطه وكان الناس قبله يعلمون اليمين نوعين

ولو ارادت المراة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رح باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الردع عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال ج

248

ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ومن حلف ج

مؤبدة وموقتة لفظا ثم استنبط ابو حنيفة رح هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والموقت معنى وقد اخذه من حديث جابر رض وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعها من الخرجة التي تهيأت لها اي من الخروج على التأبيد فاذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك وان خرجت حنث والعرف له اعتبار في باب الايمان وقوله على هذا لو اراد الرجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر تتقيد بتلك الضربة وعلى هذا اذا قال له رجل اجلس تغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم يجعل مبتدءا لانه زاد على مقدار الجواب فنفى تطبيقه على السؤال لغا الزيادة فان قيل الزيادة لا تنافي كونه جوابا للسؤال الا ترى الى قوله تعالى هي عصاي اتوكأ عليها واهش بها على غنمي ولي فيها مآرب اخرى في جواب قوله تعالى وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو ان يقال عصا ولم يخرجه عن كونه جوابا اجيب بان كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عم ان السؤال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة قالوا ان ما يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم تكن عاقلة مستمعا ولكن الافعال المستندة الى موسى عم لا تكون اوصافا للعصا واقول الزيادة على حرف الجواب لا تخرجه عن كونه جوابا البتة وانما تجعل كلاما مبتدءا اذا كان ثمة مصرف

ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رح الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رح

يمكن حمله عليه احملا للزيادة كما في المسئلة هو ليس في الاية ذلك فلم يوقف
به كونه جوابا يلوح اليه هذا قوله فيجعل مبتدأ وقوله ومن حلف
لا يركب دابة فلان الدابة في اللغة كل ما يدب من الحيوانات اى يتحرك ماشيا
على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها
وفي العرف الركوب بها تخص ما يركب منها كالفرس والبغل والبعير والحمار
والثور والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلماء في عقد اليمين
على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير اقتداء بقوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر منفعة الركوب في هذه فاما في الانعام
فقد ذكر منفعة الاكل بقوله والانعام خلقها الاية وبالعرف فانه
اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه احد انه ركب الثور او الفيل وان كان
يركب في بلاد الهند الا انه اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه
نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف
لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون
لم يحنث عند ابي حنيفة رح هذا اذا لم ينو فاما اذا نوى ركوب دابة
العبد فيحنث الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان
نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده اى فيما ملكه العبد المديون عند ابي
حنيفة رح حتى لو اعتق عبدا عبده لا يعتق وتلميح ما ذكرنا المستثنى منه
في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو المقدر الذي اظهرناه وان
كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان
الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا فيقال دابة عبد فلان
ولم يقل دابة فلان وشرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فماله
وكذا ح

وقال ابو يوسف رح في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رح يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه

حلف يحلف بالكسر حلفا بالكسر مختار الصحاح

لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط الا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ الخ

لمولاه فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رح
يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين
غير مستغرق او دين مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان
كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد فيختل
الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد رح
يحنث في الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للمولى اذ الدين
لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم
الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم ان ما يصل الى
الجوف الانسان لا يخلو من اربعة اوجه مأكول ومشروب ومصصوص
وملعوق فاما المأكول ما يتأتى فيه المضغ والهشم لا المضغ حتى
لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى اكلا والمشروب ما لا يتأتى
فيه ذلك فلو حلف لا يأكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه
واكل لم يحنث والمصصوص هو ما يحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا يأكل عنبا
او رمانا فمصه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم يحنث لانه ليس اكلا ولا شربا
والملعوق هو ما يتناول باللحس بالاصبع والشفاه اذا عرف هذا رجعنا
الى ما في الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعني اذا كانت لها ثمرة واما اذا لم يكن
فاليمين يقع على ثمنها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه
لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا
لانه اى ما لا يؤكل سبب له اى لما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب
مجاز شائع ولكن بشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان ما يصنع من ذلك الثمر

وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر داعيا في الشرع ولو حلف

بقوله عليه السلام من هجر اخاه فوق ثلثة ايام فليس منا

لبن بتمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ و
كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا عن اذا اطلق اسم الدبس على ما
يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره وقوله ومن
حلف لا ياكل من هذا البسر الخ وكلامه يشير الى ان القاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت
على عين بوصف يدعو ذلك الوصف الى اليمين يتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف
فينزل منزلة الاسم فلذلك لا يحنث من حلف لا ياكل من هذا البسر او الرطب
او اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا
وهو اللبن المستخرج ماؤه فصار كالف لو رجح الخاثر فان قيل فعلى هذا اذا
حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا يحنث
لان الصبي مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين
داعيين الى اليمين وقد زالا بالشيخوخة فكان الواجب ان لا يحنث
اجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي الخ ووجهه
ان القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع اسقط اعتبارهما لانه
نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم
يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على
الذات وهي موجودة في حالة الشيخوخة فيحنث في يمينه واعترض على دليل
الكتاب بانا سلمنا ان هجران المسلمين حرام لكن الحرام يقع محلوفا
عليه كما لو قال والله لاشربن اليوم خمرا واجيب بان الكلام في ان
الحقيقة يجوز ان تترك بالهجران لان الشرع نهى عن تلك الحقيقة فيما اذا كان
الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على الصلاح واما ان اليمين تنعقد على
الحرام المحض فلا كلام فيه ومن حلف لا ياكل لحم هذا الحمل ظ قال ومن

ينبغي ان لم يصف اليمين الا بما لا يوكل فلا كما في الحرف الا ما يتخذ منه بخلاف مسئلة النخل

ينبغي الا ان امتنع عن اكل لحم الحمل يكون اكثر امتناعا من لحم الكبش لان لحم الحمل مرغوب الله ولحم الكبش يشبع عنه فلا يكون الصغر في الحمل داعيا الى اليمين فيكون المراد عدم الاكل من لحمه سواء كان صغيرا او كبيرا فيحنث اذا اكل بعد ما صار كبشا

ولان صفة الصبا داعية الى الرحمة لا الى الهجران فلا يعتبر وتتعلق اليمين بالاشارة نسخه

بالحكم بالتبريك قوزي

ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف

ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف
لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة رح وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان
اليمين على الشرى وله

معناه لا يحنث فيما اذا عقد يمينه في الامتناع من اكل الرطب بان قال لا ياكل رطبا ثم اكل البسر

حلف لا ياكل بسرا بهذه المسائل على اربعة اوجه اذا حلف لا ياكل بسرا
فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من قبل ذنبه وهو ما
سفل من جانب القمع والعلاقة فتفسيره هو الذي عامته بسر وفيه
شيء من الرطب حنث في يمينه في قولهم وكذا اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل
رطبا مذنبا وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في قولهم
ولو حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا فيه شيء من الرطب من البسر حنث
في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يحنث ولو حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا فيه
شيء من الرطب حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر في الايضاح
وشروح الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة رض فانه يحنث في ما نحن فيه
قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته لهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا
فاذا حلف لا ياكل بسرا واكل الرطب المذنب فقد اكل الرطب لا البسر فلا
يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا
مذنبا لا يحنث وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر
المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب فيحنث في الصورتين
وان كان احدهما غالبا والاخر مغلوبا الا ترى انه لو ميزه فاكله حنث بالاتفاق
فكذا اذا اكله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن
فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وان شرب المحلوف عليه
وزيادة واشار المصنف الى الجواب عنه بقوله وكل واحد مقصود في
الاكل يعني بخلاف صورة اللبن فان اللبن لما صب فيه الماء وشاع
وماع في جميع اجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا يرى فكانه لم يكن كل
واحد منهما مقصودا بالشرب على حدة وقوله بخلاف الشراء جواب

المغذوب كما لو كان البسر الذي بدا فيه الارطاب من قبل ذنبه وقد ذنبت البسرة تذنيبا فهو مذنب

الا في الامتناع عن اكل البسر بان لا قال لا ياكل البسر ثم اكل الرطب مذنبا

وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب
وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشرى لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف

ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشري يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الأكل يحنث لأن الأكل يصادفه شيئا فشيئا وكان كل واحد منهما مقصودا كما إذا حلف لا يشتري شعيرا أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير أو أكلها يحنث في الأكل دون الشري لما قلنا ولو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث والقياس أن يحنث لأنه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه الماء وإن أكل لحم خنزير أو إنسان يحنث لأنه لحم حقيقي إلا أنه حرام واليمين قد تنعقد للمنع من الحرام وكذا إذا أكل كبدا أو كرشا لأنه لحم حقيقة فإن نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لأنه لا يعد لحما ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحما لا يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة رح وقالا يحنث في شحم الظهر أيضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله أنه لحم حقيقة ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فأما اسم پیه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف

ثم قياسها صورة الزائع على الشراء وهو ظ وقوله ولو حلف لا يشتري رطبا كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظ ومن حلف لا يأكل لحما فأكل السمك لم يحنث والأصل فيه أن اللفظ إذا تناول أفرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لأن اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف وقال المصنف رح لا دم فيه فجعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه أصول الفقه وإن أكل لحم خنزير أو إنسان حنث لأنه لحم حقيقي إلا أنه حرام واليمين قد تنعقد للمنع من الحرام واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به وأجيب بأن هذه مغالطة لأن الكفارة تجب بعد يمين تنقضت بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك أشار إليه بقوله واليمين قد تنعقد للمنع من الحرام وقوله وكذا إذا أكل كبدا ظ وقوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها والقضم الأكل بأطراف الأسنان من باب لبس وإنما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لأنه إذا عقد يمينه على أكل حنطة لا بعينها ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ الإسلام في أيمان الأصل وهذه المسئلة على أوجه أحدها أن ينوي أن لا يأكل حبا كما هي فأكل من خبزها أو سويقها لا يحنث بالاتفاق لأنه أراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني أن ينوي أن لا يأكل ما يتخذ منها لا يحنث بأكل عينها كذلك و

الثالث

ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري لحما أو شحما فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث لأنه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا إن أكل من خبزها حنث أيضا لأنه مفهوم منه عرفا ولأبي حنيفة أن له حقيقة مستعملة فإنها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان وإليه الإشارة بقوله في الخبز حنث أيضا ولو حلف

ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه هو المعتاد في غالب البلدان ولو أكل من خبز القطائف لم يحنث لأنه لا يسمى خبزا مطلقا إلا إذا نواه لأنه يحتمله ولو أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث لأنه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لأنه يراد به اللحم المشوي عند الإطلاق إلا أن ينوي ما يشوى من بيض أو غيره لمكان الحقيقة وإن حلف

والثالث أن لا يكون له نية فأكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة رح خلافا لهما والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه على أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه أصول الفقه ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث بالاتفاق لأن عينه غير مأكول فكانت الحقيقة متعذرة فيصار إلى المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استفه أي أكله من غير مضغ لا يحنث هو الصحيح وإنما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا أنه يحنث لأنه أكل الدقيق حقيقة والعرف وإن اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لأن عين الدقيق مأكول والأصح أنه لا يحنث لأن هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين إلى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لأجنبية إن نكحتك فعبده حر فزنى بها لم يحنث لأن يمينه لما انصرفت إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطء وقوله ولو حلف لا يأكل خبزا على ما ذكره ظ وطبرستان هي إحدى ولايتها وقيل أصلها تبرستان لأن أهلها كانوا يحاربون بالتبر وهو الفأس فعرّبوه إلى طبرستان وقوله ومن حلف لا يأكل الشواء ظ وقوله وهذا لأن التعميم متعذر لأن الدواء والسهل مطبوخ ونحن نعلم يقينا أنه لم يرد ذلك فينصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء قالوا قيد بقوله بالماء لأن القلية اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحنث بأكلها ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير أي يضم به التنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في جيب قميصه إذا أدخله فيه ويباع في المصر لأن رأس الجراد رأس حقيقة وليس بمراد فينصرف إلى المجاز المتعارف وفسره

وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لأن التعميم متعذر فيصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء إلا إذا نوى غير ذلك لأن فيه تشديدا وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولأنه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير

وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر
وان حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا حنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ح

في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب واعترض على هذا بان لحم الانسان
والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا يأكل
لحما واجيب بما حاصله الفرق بان الرأس غير ماكول بجميع اجزائه لان منها العظم
فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التنانير
ويباع في الاسواق واما اللحم فيؤكل بجميع اجزائه فكانت الحقيقة ممكنة
فلا يترك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة ان لم تكن
متعذرة فهي مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور
شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة قلت المهجور شرعا هو الذي
لا يكون شيء من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبي وههنا ليس كذلك
فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشراء فان الرأس يشترى بجميع اجزائه فلم
تكن الحقيقة متعذرة اجيب بان من الرؤوس ما لا يجوز اضافة الشراء اليه
كرأس النمل والذباب والآدمي فكانت متعذرة ومن حلف لا يأكل فاكهة
فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث فان اكل تفاحا
او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا يحنث في العنب
والرمان والرطب ايضا لا في القثاء والخيار فكانت المسئلة على ثلاثة
اوجه في وجه يحنث بالاتفاق وهي ان تقع يمينه على ثمر كل شجرة سوى
العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه
لا يحنث بالاتفاق وهو ان يأكل الخيار والقثاء لانه يؤكل مع البقول
وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم يكن له نية وكلامه
ظاهر الا ما نذكره فقوله زيادة على المعتاد اي على الغذاء الاصلي فيسمى
الثمار فاكهة والمزاح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها قوله والرطب

والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى ح

واليابس

لان التفكه به غير معتاد كما به

القثاء خيار بالفارسية والخيار بادرنك بالفارسية

وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها فوق التنعم بغيرها وابو حنيفة يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف ح

واليابس فيه سواء يعني ان ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه
ويابس هذه الاشياء لا تعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك و
قوله لانهما من البقول بيعا فان بايع البقول هو الذي يبيعهما لا غير
واما اكلا فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل و
قوله ان هذه الاشياء مما يتغذى بها يعني العنب والرطب ويتداوى
بها يعني الرمان ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان
او من الاقوات كيابس العنب فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها
والاصل في هذا ان اللفظ اذا اطلق على افراد في بعضها دلالة على زيادة
معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في صورة المفصل في اللحم
ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ فهو ادام اصطبغ على بناء
المفعول كذا كان مقيدا بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ ويقال
اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل ولو حلف لا يأتدم
اي لا يأكل اداما فكل شيء اصطبغ به فهو ادام فلا ينعكس فالخل والزيت
واللبن والزبد والملح ادام والشواء ليس بادام وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف في رواية الاصل وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام
وهذا رواية عن ابي يوسف وحاصل ذلك على ثلاثة اوجه ما يصطبغ به
فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وامثالها مما يؤكل وحده
غالبا ليس بادام بالاتفاق واللحم والبيض والجبن عند محمد رح ادام
خلافا لهما لمحمد ان الادام من الموادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز
موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في
العادة والتبعية على نوعين حقيقة وذلك في الاختلاط ليكون قائما به

ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشوى ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من الموادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة ح ح ح

اي لا يأتدم

وتمام الموافقة في الامتزاج الصباغ والخل وغيرهما من المائعات لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينوبه لما فيه من التشديد والعنب و البطيخ ليس بادام هو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا تسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء

يعني السحور ماخوذ من السحر ... اسم السحر

وكلمة وجه ان لا يؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة
يؤكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما وقوله وتمام الموافقة
بالامتزاج جواب عن قوله لان الادام من الموادمة يعني سلمناه ولكن
الموادمة التامة الكاملة في الامتزاج الصباغ ولم يوجد في هذه الاشياء
الا ان ينوبه لما فيه من التشديد بخلاف الخل وغيره من المائعات فانها لا
يؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان
اداما والبطيخ ليس بادام يعني بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح كذا ذكره
شمس الائمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف وقوله
واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية
هذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغداء او العشاء والسحور على
حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم اكل و
قوله ولهذا اسمي الظهر احدى صلاة العشاء في الحديث ذكر في الايضاح
في باب الحلف على الغدا فقال فانه ورد في الحديث ان النبي عم صلى
احدى صلاتي العشاء ركعتين يريد به الراوي الظهر او العصر وقوله
ويعتبر عادة اهل كل بلد في حقهم يعني ان كان خبز الخبز وان كانت لحما
فلحم حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث و
البدوي بخلافه لانه غداء في البادية وقوله ويشترط ان يكون اكثر من
نصف الشبع رواه المعلى عن ابي يوسف وهو صحيح لان من اكل لقمة
او لقمتين يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت ومن قال ان لبست
او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يصدق
قضاء ولا ديانة لان النية انما تصح في الملفوظ لانها لتعيين بعض

ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلد في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ تنصيصا

والمقتضى ح

والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم

وقوله ح

محتملات اللفظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ فلا يقع نيته فان قيل
يجب انه غير ملفوظ تنصيصا اليس انه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ
اجاب بقوله والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه فان قيل
المقتضى امر شرعي واقتضاء الاكل الطعام ليس كذلك لانه يعرف على من
لم يعرف الشرع قلت يجوز ان يكون المراد اختيار ما اختاره بعض المحققين
من ان المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن
يكون من ضرورة اللفظ اعم من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل
سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدي
حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر او الخروج غير مذكور
لفظا ونيته وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى ان لا يساكنه في
بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو ساكن
معه في الدار لا يحنث اجيب بان الاول ممنوعة منها القضاة الاربعة
ابو الهيثم وابو حازم وابو طاهر الدباس والقاضي القمي رح ولئن سلم
فقوله ان خرجت فعلا يساكن فعلا يدلان على المصدر لغة وقد وقع
الثاني في حيز النفي والاول في معناه فتناولا العموم بما عدده من الخروج
والسفر مجاز تخصيصها الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن
حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها
كرعا اي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع الرجل في الماء
اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه
فعل البهيمة تدخل فيه اكارعها والكرع مستدق الساق وهذا عند ابي حنيفة
رح وقالا اذا شرب باناء حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة اولى

وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا

وان حلف ح

وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما
اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في
الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
حنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين
وبقائه التصور عندهما خلافا لابي
يوسف رح لان اليمين انما تعقد للبر
فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه
وله انه امكن القول بانعقاده موجبا
للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو
الكفارة
قلنا ح

من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس اما كون المجاز متعارفا فظ
فان المفهوم من قولهم اهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من
مائها واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والاودية
وقد قال عليه السلام لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا
ولهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان قيل لا نم ان الحنث في الكرع باعتبار
كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه
في دار فلان وح يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم في عموم
المجاز كذلك فالجواب ان المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة
او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير اليه وقوله
ولو حلف لا يشرب من دجلة ظ قال ومن قال ان لم اشرب
الماء الذي في هذا الكوز ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز
اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله اي فيما كان فيه علم اولا عدم الماء في الكوز
او لم يعلم فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله اي فيما كان فيه ماء او لم يكن
وما ذكر من الوجهين للمنتهي فواضح واعترض على وجههما بان البر
متصور في صورة الاراقة لان اعادة القطرات المراقة ممكنة
فكان متصورا واجيب بان البر انما يجب في هذه الصورة في اخر
جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه باعادة
الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان وقوله ولو كانت اليمين مطلقة
اي عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول يعني فيما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث

قال المص ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في الكوز اقول
وان كان لا يعلم انه لا ماء في الكوز ينعقد عند الثلاثة
كما في المبسوط وفيه ايضا وعلى هذا الخلاف اذا قال
والله لا قتلن فلانا وفلان ميت وهو لا يعلم بموته
لا ينعقد عندهما خلافا لابي يوسف وان كان عالما
بموته ينعقد عندهم خلافا لزفر وحكى في باب اليمين
في القتل والضرب ان الصحيح انه ليس في مسئلة الكوز
تفصيل العلم

قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة
ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال
وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ح
وهو ما اذا كان في الكوز ماء فاهريق قبل الليل

ذكره

ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ
فاذا فات البر وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر
بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير
من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر ويبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه
الحالة ومن حلف ليصعدن السماء
او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت
يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رح
لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه
المستحيل حقيقة فلا تنعقد ولنا ح

عندهما وعنده يحنث في الحال وفي الوجه الثاني وهو ان يكون فيه ماء
واهريق يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق في الوجه الاول وهو ما
الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم وبين الموقت به فقال
في المطلق انه يحنث في الحال وفي الموقت يتوقف حنثه الى اخر اليوم
الى غيبوبة الشمس ووجه ما ذكر ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل
الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل
لا بعينه موقتة بوقت ممتد يتعين الجزء الاخير لانعقاد لان الوقت
ظرف له فيلزم في جزء منه ويتعين اخره وفي المطلق يجب البر كما فرغ
وقد عجز فيحنث في الحال كذا في بعض الشروح وقال في النهاية فابو يوسف
فرق بين المطلق والموقت اي في مسئلة الوجه الثاني وهو ما اذا كان
في الكوز ماء فاهريق قبل الليل وقال في المطلق يحنث حال وقت الاراقة
من غير توقف الى الليل وفي الموقت لا يحنث في الحال بل يتوقف حنثه
الى اخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والموقت يعني في هذا الوجه على ما
ذكر في الكتاب واشار بقوله كما اذا مات الحالف والماء باق الى ان
بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف واشار بقوله كما اذا عقده ابتداء في
هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها
وقوله ومن حلف ليصعدن السماء على ما ذكره ظ اعترض بان تصور
البر لو كان كافيا في حلفية الكفارة لوجبت في الغموس لان الله تعالى قادر
على اعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان عم واجيب بان تصور البر
في الغموس بان يجعل الفعل الذي لم يوجد موجودا منه وهو مستحيل وقوله
واذا كان متصورا تنعقد اليمين انما كان كذلك لان العبد معتبر

ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا يرى ان الملائكة يصعدونه وكذا تحول الحجر
ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات
الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف
ولا ماء فيه لا يتصور فلم تنعقد

باب الكلام ح

باب اليمين في الكلام ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف الخ

بايجاب الله تعالى بقصد التصدق والحلف فكذلك هنا حنث عقيب وجود الشرط فوجبت الكفارة بسبب ثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم **باب اليمين في الكلام** لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب بالفعل الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الاسباب المتنوعة وهو الكلام اذ اليمين في النكاح والطلاق والبيع والشراء واليمين في الحج والصوم والصلوة من انواع الكلام فذكر الجنس المقدم على ذكر النوع ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام لان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكلم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه لان حقيقة الاسماع امر باطن لا نوقف عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن مانع من السماع يسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح وقوله لتغافله اي لغفلته وقوله وفي بعض روايات المبسوط يريد ما روي في رواية فناداه او ايقظه حنث في يمينه وبهذه الرواية يشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر في بعض الروايات فناداه او ايقظه وهذه تدل على انه متى ناداه بحيث لو كان يقظان يسمع صوته حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسي الاظهر انه لا يحنث واليه اشار بقوله وعليه مشايخنا والوجه ما ذكره في الكتاب ولو حلف لا يكلمه الا باذنه ط وانه يتم بالاذن كالرضى يعني اذا حلف لا يكلم الا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لان الرضا يتم بالراضي وكذلك الاذن يتم بالآذن قلنا الرضى من اعمال القلب يتم بالراضي ولا كذلك الاذن

قوله اذ اليمين في النكاح ... مقدم على النوع اقول فيه تامل

قوله فرضي المحلوف عليه بالاستثناء اقول ... المستثنى ... لكذلك

ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف الخ

وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رح لانه كلام حقيقة ولنا انه الخ

على ما قررناه انه من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وذلك يقتضي السماع ولم يوجد واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا او اذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير ماذونا لم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع في الاذن واجيب بان الاذن هنا فك الحجر في حق العبد والعبد يتصرف باهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الاذن واما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام لذلك وهو مبني على تخصيص العلة واره واقع عند الاصوليين وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين لان ما يلي اليمين صالح للحلية ... في كونه من اجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقع النكرة في سياق النفي كان اليمين مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهي الغيظ الذي لحقه في الحال بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتأبد اليمين اما لانه نكرة في سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح ان تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وقوله وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن واضح وقوله ولو قال يوم اكلم فلانا هنا ثلث عبارات نهارا اكلم فلانا وليلة اكلم فلانا ويوم اكلم فلانا فالاولى لبياض النهار خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانية لسواده خاصة فلو كلمه نهارا لم يحنث وما جاء استعماله في مطلق الوقت وما جاء في قول الشاعر

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ٭ ليالي لاقينا جذام وحميرا

اراد به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر

قال المص وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي اقول في الكافي يخالفه فانه جعل قول الشافعي كقول ... اه

قوله او اذن له مولاه اقول انكر الاتقاني كون العبد ماذونا بلا علم فراجعه الشرح

قوله وما جاء استعماله في مطلق الوقت اقول لفظ ما فيه في قوله وما جاء سه

ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا تصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى الخ

وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف
ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله
في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان
او حتى ياذن فلان فامراته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية
والبمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها
فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين
وان مات فلان سقطت اليمين خلافا
لابي يوسف لان الممنوع عنه كلام
ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق هذا
بعد الموت متصور الوجود فسقطت
اليمين وعنده التصور ليس بشرط
فعند سقوط الغاية تتابد اليمين
ومن حلف

بلفظ الجمع وذكر احدى العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من
العدد الاخر وذلك اصل اخر غير ما نحن فيه والثالثة تعتبر بما قرن به ان
قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ
دبره والكلام مما لا يمتد وان قرن به ما يمتد كالصوم يراد بياض النهار
والبحث فيه وظيفة اصولية وقد قررناه في التقرير قال وان عنى في قوله
يوم اكلم النهار خاصة صدق في القضاء لانه يستعمل فيه ايضا قال الله تعالى
اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة والمراد به بياض النهار وقوله ولانه
غاية اما في كلمة حتى فظ واما في الا ان فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء
معنى الغاية وكونه مجازا للغاية قوله فان مات فلان يعني الذي اسند
اليه القدوم او الاذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر فانه قبلها عادة
الحيوة ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل اليمين فالجواب ان اليمين
انعقدت على القدوم او الاذن في حيوته القائمة المعادة بعد موته
بعلم لا محالة ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم
الحالف بموته لا تنعقد اليمين لانها وقعت على الحيوة القائمة

وقت الحلف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق
ومن حلف لا يكلم عبد فلان او وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب
اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة او لا فكل منهما اما ان الاضافة
فيه اضافة ملك او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما
اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق
فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف في اضافة الملك بالاتفاق
وكذا في اضافة النسبة عند ابي حنيفة وعند محمد يعتبر وجود النسبة

ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه
امراته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك
او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة
عند محمد يحنث كالمراة والصديق قاله في الزيادات

قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق مقصود بالهجران فلا يشترط دوامها
فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف
اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان
هذا او امراته بعينها او صديق بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق وهذا قول ابي حنيفة و
ابي يوسف وقال محمد يحنث في العبد
ايضا وهو قول زفر ولو حلف

وكذا اذا طلق امراته او عادى صديقه بعده وعند محمد يحنث كما قاله
في الزيادات وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق
قد يهجران لذاتهما فيكون مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط
دوامه لاستغنائه عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه اي بعين كل واحد منهما
كما في الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه و
وجه ما ذكر ههنا يعني عدم الحنث وهو قول ابي حنيفة رح رواية الجامع الصغير ولم
يذكر لابي يوسف قول وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل
قول ابي حنيفة انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه اي كل واحد من المراة والصديق
لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل ان لا يكون فلا يحنث بعد زوال
الاضافة بالشك وان كان الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا
او امراة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث
في المراة والصديق في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد حنث في
العبد ايضا وهو قول زفر وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقديره
الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود ما هو ابلغ منه فيه
والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع
اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة
ولغت الاضافة فصار كالصديق والمراة ووجه قولهما ان الداعي
الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقديره لا نم ان الاضافة للتعريف بل
لبيان ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان
اي الدابة والدار والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط
منزلته بل لمعنى في ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي

ولو حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على الخلاف وجه قول محمد وزفر ان الاضافة للتعريف و
الاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق والمراة ولهما ان الداعي
الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى
في ملاكها فيتقيد اليمين حال قيام الملك
بخلاف ما

بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه تعادي لذاته فكانت الاضافة للتعريف
والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظ لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان
فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما
اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة
في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست
بداعية الى اليمين على ما مر من
قبل فصل ح

اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة
لانه يعادي لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه
غير ظ لعدم التعيين اي لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف
اضافة حالي لذلك واذا كان للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم
يعني اضافة الملك لتعيين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار
والمرأة يجوز ان تهجر لذاتها لشؤمها كما جاء في الحديث واجيب بان ذلك
احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا وقوله وان حلف لا يكلم صاحب
هذا الطيلسان ظ وقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب
عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا لحنث اذا حلف لا ياكل هذا الرطب
فاكله بعد ما صار تمرا وتقريره الصفة في الحاضر لغو اذا لم تكن داعية الى
اليمين وهذه كذلك على ما مر من قبل يعني في اول باب اليمين في الاكل والشرب
بخلاف الرطب فان صفتها داعية الى اليمين

فصل

لما كان المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان سماه فصلا
ومن حلف لا يكلم فلانا حينا او زمانا او الحين او الزمان ولا نية له على
شيء من الوقت فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال
الله تع فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلاة
وقد يراد به اربعون سنة قال الله تع هل اتى على الانسان حين من الدهر
قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تع
تؤتي اكلها كل حين اي كل ستة اشهر من وقت الطلع الى وقت الرطب
ستة اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة اشهر ومعناه انه ينتفع
بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط فينصرف اليه اذا

فصل ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان
القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تع هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر
قال الله تع تؤتي اكلها كل حين وهذا ح

وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد
غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك
منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه قال
وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رح وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف ح

لم يكن نية وقوله وهذا اي الانصراف الى ستة اشهر لان القصير (اليسير) لا يقصد
بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لانه
يوجد فيها عادة بلا يمين والمؤبد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لان
من اراد ذلك يقول ابدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو
سكت تأبد اليمين فحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره
والا لا يكون لذكره فائدة فيتعين الاوسط وقوله وكذا الزمان ظ وقوله
كذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رح يعني تقع على ستة اشهر المعرف و
المنكر سواء وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في
المنكر هو الصحيح احتراز عن رواية بشير عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال
لا اوقف على قول ابي حنيفة بين قوله دهر وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف
في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالا واما ان
يكون يقع على الابد كما قال بعض اصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد
بلا خلاف بينهم وهذا الذي ذكره المص بقوله اما المعرف بالالف واللام فيراد
به الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل
ذكر في الجامع الكبير واجمعوا انه لو قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا
او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق
عليه فكان ابو حنيفة ايضا قائلا في دهور منكرة بثلاثة منها فكل دهر ستة
اشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم بالجمع
وتوقف في الفرد اجيب بان ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة
الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه ان يقول في الجمع منه
بثلاثة كما في الازمنة والشهور كما قيل مثل ذلك في المزارعة وبيان

قوله قال بعض اصحابنا ان الدهر اقول فمعنى الدهر المعرف منها روايتان فلا غبار على كلام الشرح ح

وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال
الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى وابو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات
لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف ح ح

ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه

ومن قال لعبده

اختلاف الاستعمال فيه المعرفة تقع على الابد بخلاف الحين والزمان ويقال دهري لمن قال بالدهر وانكر الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وما يهلكنا الا الدهر وقال النبي عم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لمن توقف على مراد المتكلم عند الاختلاف والتوقف في مثل هذا لا يكون الا من كمال العلم والورع قوله ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان على عشرة ايام عنده كما في الكوف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع اصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلاثة قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع والاصل ان حرف التعريف اذا دخل في اسم الجمع فينصرف الى اقصى ما يطلق عليه اسم عند ابي حنيفة وهو العشرة لان الناس يقولون في الكوف ثلاثة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث تقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى اقصى ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان كان ثمة معهودا ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع فكانت مرادة وفي الشهور المعهودة شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف الى جميع العمر قوله لانه يدور عليها قيل اي لان الشهور تدور على اثني عشر فكان ينبغي ان يقول لانها تدور عليه لكن اول بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني قوله ومن قال لعبده ظ قوله وقيل لو كانت اليمين بالفارسية ينبغي

ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كانت اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع والله اعلم بالصواب

باب اليمين في العتق

باب اليمين في العتق والطلاق ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس والامة ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال

مثل ان يقول اگر خدمت كنى مرا روزهاى بسيار تو آزادى اذا خدم سبعة ايام ينبغي ان يعتق لان في لساننا نستعمل في جميع الاعداد لفظ روز فلا يجي ما قال ابو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع الى العشرة فكذلك اريد بالعربية اكثر ما ينطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم وقيل في تعليل المص نظر لان لفظ الفرد بالفارسي اما ان يفهم منه معنى الجمع اولا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم فينبغي ان لا يكون الاسبوع مرادا ايضا ويمكن الجواب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع وقوله ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي وان افاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة وتخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود او لعدم القائل بالفصل والله اعلم

باب اليمين في العتق والطلاق قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بها اكثر وقوعا فكان معرفة احكامه اهم من غيره ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ولو قال ذلك لامته وعلق به الحرية عتقت لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وكان ولدا حقيقة حظ وكذا في قال لانه في العرف يسمى ولدا واما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس والامة ام ولد واذا تحقق الشرط ثبت الحكم ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا ان الموجود مولود الا انه لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء كما لو قال لامرأته

ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهو الجزاء

وله ان مطلق

ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد تقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر
في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق
وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا ولو قال اول عبد

ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها وانقضت
عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء وقوله ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد بوصف
الحيوة يعني ان الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحيوة معنى
دلالة انه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال
اذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه اي الجزاء
لا يصلح مقيدا لاستغنائهما عن حيوة الولد فلم يكن الشرط الا ولادة الولد
وقد تحققت على ما بينا ويستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى
عبدا لغيره انحلت يمينه حتى اذا اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع انه
جعل اشتراء العبد شرطا للحرية وعبد الغير ليس محلا للحرية من المشتري لعدم
ملكه واجيب بان الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام والحاجة الى اضمار الملك
لتصحيح ليست كالحاجة الى اضمار الحيوة لان الحرية بدون الحيوة لا يتصور
اصلا وفي ملك الغير يتصور موقوفة على الاجازة فلا يلزم من وجوب اضمار
الحيوة اضمار الملك ولو قال اول عبد اشتريه فهو حر على ما ذكره في الكتاب
ظ وكذا قوله اول عبد اشتريه وحده وهي من مسائل الجامع الكبير واستشكل
بما لو قال اول عبد املكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لم
يعتق الثالث مع ان معنى التوحد فيهما على طريقة واحدة ووقع بينهما بان واحدا
يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به دون
الذات ولهذا اصدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان معه فيها صبي
او امراة ويكذب في ذلك اذا قال وحده واذا كان كذلك فلنا اذا قال واحدا انه
اضاف العتق الى اول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يعد امرا زائدا على افادة
لفظ اول فكان كلمة كلمه واذا قال وحده فقد اضاف العتق الى اول عبد

ولو قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد فان اشترى عبدين معا ثم اشترى آخر
لم يعتق واحد منهم لانعدام التوحد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان قال اول عبد اشتريه وحده
فهو حر عتق الثالث يراد به التوحد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر

وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا
ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة
ويعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من ثلث المال لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شرى غيره بعده وذلك
يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا
عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة

لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق وقوله وان قال آخر
عبد اشتريه فهو حر واضح وقوله ويعتبر من جميع المال يعني اذا كان اشتراه
في الصحة ويعتبر من ثلث المال يعني اذا كان على كل حال لان شرط العتق آخرية
العبد المشتري وهي لا تثبت الا بعد شرى غيره بعده وعدم شرى غيره يتحقق
بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف
وتقريره انه لما اشترى الثاني بعد الاول يثبت صفة الآخرية فيه لكن كانت
بعرضية الزوال بشرى عبد غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن فاذا مات ولم يشتر
غيره عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لامته ان
حضت فانت حرة فرات الدم لا تعتق لجواز ان ينقطع الدم فيما دون ثلاثة
ايام فان استمر بها الدم ثلاثة ايام عتقت من حين رات الدم لانه تبين ان ما
راته كان حيضا حين رات الدم الى هذا اشار الامام السرخسي ذكره في النهاية
وفيه تسامح لان ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين
ويجوز ان يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين
في ذلك سواء وقوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به اي
بوصف الآخرية كما اذا قال آخر امراة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امراة
ثم امراة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى تستحق الميراث
وعند ابي حنيفة يقع مستندا الى وقت التزوج فلا تستحقه وفائدة التقييد
بالثلاث جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فان به يكون الزوج فارا
فترث المراة عندهما قال ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة الخ البشارة
اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر الا انه في العرف
تستعمل فيما يسر وينفي الحزن ويتحقق من واحد واكثر واذا قال كل عبد بشرني

ولابي حنيفة ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشرى فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات
الثلث به وفائدته تظهر في حرمان الارث وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة
متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه

ولو شرط كونه سارا في الوقف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا جميعا لانها تحققت من الكل
وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق
وهو اليمين فاما الشرى فشرط وان اشترى اباه ينوي به عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رح
لهما ان الشرى شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشرى اثبات الملك والاعتاق ازالة وبينهما منافاة ولنا

بولادة فلانة فبشره ثلاثة فان اجزوه معا عتقوا لان البشارة حصلت منهم
قال الله تع وبشروه بغلام عليم وان اجزوه متفرقين واحدا بعد واحد عتق
الاول لان البشارة حصلت منه وبعضده ما روي ان النبي عم مر بابن
مسعود رض وهو يقرا القرآن فقال من احب ان يقرا القرآن غضا طريا
كما انزل فليقرا بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رض بالبشارة فسبق
ابو بكر رض عمر رض بها وكان ابن مسعود رض اذا ذكر ذلك يقول بشرني ابو بكر
واخبرني عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي كفارة يمينه
لم يجزه لان الشرط اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير
بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشرا وهو
شرط العتق لا علة فلا يكون معتبرا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين اجزاه
عن الكفارة وان اشترى اباه ينوي به كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر
والشافعي وهو قول ابي حنيفة الاول ووجه قولهم ان النية تشترط عند العلة
والشرا شرط العتق لا علة وانما العلة هي القرابة فلا يعتد النية عند الشرا
وهذا اي كون الشرا شرطا لا علة لان الشرا اثبات الملك لانه ازالة فكان
بينهما منافاة فلا يكون الشرا اعتاقا ولنا ان شرا القريب اعتاق لقوله عم
لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ووجه الاستدلال
ما ذكره بقوله جعل نفس الشرا اعتاقا لانه لم يشترط غيره وقوله وصار نظير قوله
سقاه فارواه جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشرا بالفاء وهو يقتضي
التراخي بزمان وان لطف فلا يكون نفسه ووجهه ان الفعل اذا عطف على
فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه
فاشبعه وسقاه فارواه اي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو ان نشرى القريب

ولنا ان شرى القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه
جعل نفس الشرى اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام

يعمل بثبت

ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة
عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف
الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا
اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة
اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين
وقد قارنته النية ومن قال

يعمل بثبوت الملك للمشتري القريب اولا فان اثبته لا يزيله لان المثبت بعينه
لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم
لا يقال شرا القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق
ازالة الملك وكون الثبوت ازالة له محال بالبديهة ولا يقال شرا القريب
اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه اشد استحالة لانه يلزم ان
يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته ازالة له والجواب ان قولهم ثبوت الملك
في القريب اعتاق معناه ان الشرع اخرج القريب عن محلية الملك بقاء كما انه
اخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء وهذا لان العتق لا يمنع الا في الملك فلو لم
يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ومن قال لامة قد استولدها
بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فانها تعتق لوجود الشرط
ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين
من كل وجه والواجب باليمين تحرير ما يستحق حريته بها من كل وجه ولقائل ان يقول
القريب يستحق العتق بالقرابة كما ان ام الولد تستحقه بالاستيلاد فما بالها
لم تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب والجواب
ان الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد فكان الحرية من جهتين جهة
الاستيلاد والشرا فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست
كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سوى الشرا فاذا اشتراه ناويا للكفارة
كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه وقوله بخلاف ما اذا قال لقنة ظ قال
ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة معنى تسريت اتخذت سرية وهي
فعلية منسوبة الى السر وهو الجماع او الاخفاء لان الانسان يسره واثما
ضمت سينه لان الابنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة الى الدهر

ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا الخ

وهي بضم الدال للملح والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد او لم يطلب عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لابد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة واما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح او بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وكل ما انعقدت في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء وقوله وهذا لان الجارية توضيح لانعقاد اليمين في حقها وان اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر تصير التزوج مذكورا فان قيل هذا قول بالاقتضاء ونحن لا نقول بالاقتضاء واجيب بان اثبات الملك هيهنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهي عن التأفيف ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك مفهوما من التسري بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض اصحابنا واصحاب الشافعي ان الدلالة قياس لوجود اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك مع التسري ليس كذلك واقول هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة فكانت الدلالة

قوله والتسري عبارة عن التحصين اقول والمنع من الخروج

فكان التقدير ان تزوجتك و طلقتك فعبدي حر فكذا هيهنا فيصير ان ملكت جارية وتسريت بها فهي حرة

قوله واجيب بان هذا اثبات الملك بدلالة اللفظ اقول ان الحذف

الاصل

قوله واقول هذا اللفظ يستعمل في العرف اقول فعلى هذا الا يستقيم جوابهم عن زفر على ما قرر

بطريق

261

ولان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا ومن قال الخ

بطريق العبارة مجازا فنقول هذا الحكم اذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضاء كان متناقضا فكفينا مؤنة الجدال معه ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وتقريره سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسري لكونه شرطا وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في صحة الجزاء وهو الحرية لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء وقوله وفي مسئلة الطلاق جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية وتقريره وما ذكرت من المسئلة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه يثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا من حيث ان في كل منهما يثبت شرط الشرط بصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزاء واما مسئلة زفر فهو ان يقول ان اشتريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية وتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في العبد في الحال ويصح تعليق عتقه بشرط سيوجد ومن قال كل مملوك لي حر عتق امهات الاولاد ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء يعني ان كل واحد من هؤلاء في الاضافة اليه نفسه بقوله لي كامل اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا فاذا كان كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون وان قال اردت الرجال خاصة صدق ديانة اما تصديقه فلان لفظ المملوك موضع للمذكر واما عدم تصديقه قضاء فلانهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عادة ولو نوى الاناث لغت نيته ولو قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الايمان ففيه روايتان ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه

قوله لان ابن سماعة اقول السائل ابن سماعة من وجه صحة قول زفر بناء على انه من كبار ائمة الدين وفيه النظر به يمنع عن انعقاد ارتكاب التناقض

قوله لانها ليست من لوازم اقول الا ان انه قد وجد الملك ولا يوجد العتق

ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال الخ

ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان او لاثبات
احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص
بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا

ولا يحل له وطي المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه بخلاف ام
الولد والمدبرة فاختلف فلا بد من النية وقوله ومن قال لنسوة له
هذه طالق او هذه وهذه على ما ذكره في الكتاب ظ وقوله فيختص بمحله اي بمحل
الحكم وهو المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف
كما يتجه على من وقع عليه الحكم يتجه ايضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم
الحكم فينعطف على من لم يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا
وفلانا فانه ان كلم حنث وان كلم احد الاخرين لا يحنث حتى يكلمهما ويكون
الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع
بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال هذه طالق او هاتان ثم كان
يجزئ في الطلاق والعتاق ان شاء اوقع على الاولى وان شاء اوقع على
الاخريين واجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد
فاما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب ظاهر الرواية
في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا في ان
الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم وهو مسئلة الجامع هو
ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين يتناول احدهما نكرة الا ان في
الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات
تخص فيتناول احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كانه قال
احديكما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم ما قلنا اما في مسئلة الجامع
فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كما في قوله تعالى ولا تطع منهم اثما او كفورا
فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا وفلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو
صار كانه قال ولا هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا

وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاوليين لما بينا

باب اليمين في البيع

باب اليمين في البيع ... ...

باب اليمين في البيع والشرى والتزوج وغير ذلك ومن حلف لا يبيع او لا يشترى او لا
يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان
العاقد هو الحالف يحنث في يمينه لوجود ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا
ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف

باب اليمين في البيع والشرى والتزوج وغير ذلك
يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات لما كانت
كثيرة الوقوع بالنسبة الى ما بعده اي ما بعد الباب فلذلك قدمه قال في
النهاية : الضابط في هذه التصرفات لاصحابنا رح فيما يحنث بفعل المأمور
وفيما لا يحنث شيئان احدهما ان كل فعل يرجع الحقوق فيه الى المباشر
فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل يرجع فيه الحقوق الى من
وقع حكم الفعل له يحنث والثاني ان كل فعل يحتمل حكمه الانتقال الى غيره فالحالف
فيه لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث وقيل كلما يستغني
المأمور في مباشرته عن اضافته الى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور
فان كان لا يستغني عن هذه الاضافة يحنث والفقه في ذلك ان العقد
متى رجعت حقوقه الى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف في الحلف
التورع عن حكم العقد وعن حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت
حقوقه الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده في الحلف التوقي
من رجوع الحقوق اليه وهي لا ترجع اليه فلا يحنث الحالف بمباشرة
المأمور النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والهبة والصدقة والقرض
والاستقراض وضرب العبد والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة
والاستعارة وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما يحنث فيها بفعل
نفسه يحنث ايضا بفعل المأمور واما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور
فهو البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن مال وكذلك القسمة
ومن المشايخ من الحق الخصومة بهذا القسم واذا عرف ظهر معنى كلامه
الالفاظ ننبه عليها قوله الا ان ينوي استثناء متصل بقوله فوكل

عطف على الا ينوي
اي بحكم التوكيل الى الملك
الى اليمين
وجعله دوده التوكيل في البيع والشراء فاذا حلف لا يبيع ولا يشتري كان الحالف بان لا يوكل فيحنث بمباشرة الوكيل تاج

ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل فى هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين فى القضاء خاصة وسنشير الى المعنى فى الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث فى يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك تولية غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت ان لا ألى ذلك بنفسي دين فى القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا التكلم بكلام يفضى الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما

من فعل ذلك لم يحنث اى لا ينوى ان لا يامر غيره الضارب يحنث وقوله

او يكون الحالف ذا سلطان يعنى اذا باشره المامور حنث لان مقصوده

من اليمين منع نفسه عما يعتاده ومعتاد الامر بالغير فلما امر غيره وفعل المامور

حنث ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة وقوله

لان المالك له ولاية ضرب عبده فيلوح الى انه لو حلف على ضرب حر فامر غيره

بذلك فضربه المامور لم يحنث لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره عليه وقوله

ووجه الفرق المراد بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى الخصوص فى العموم

يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة

المستعملة صدق قضاء وديانة وان كان فى ذلك تخفيف عليه لان الكلام

يصرف الى حقيقته بغير نية فاذا وجد النية كان الصرف اليها اولى وقوله

لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه اى الى الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر

وهو التأدب والتثقف وقوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب على ما

ذكره فى الكتاب واضح وحاصل ذلك ان لام الاختصاص اذا اتصل بفعل عقيب

فعل متعد فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله او يتاخر عن المفعول وعلى

التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة او لا فان احتملها وتوسط بينهما كان

اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت

العين مملوكة له او لم تكن وذلك انما تكون بالامر وان تأخر عن المفعول كان لاختصاص

العين به وشرطه كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله او لم يقع وان لم

يحتملها لا يفترق الحكم فى الوجهين اى فى التوسط والتاخر بل يحنث اذا فعله

سواء كان بامره او بغير امره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله

الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين ان يكون اللام لاختصاص

فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص فى العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح فقعل حسى يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث فى يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الائتمار عائدة الى الآمر بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره

قوله ونظيره حنثه اقول والذى يستفاد من هذا الكلام هو ان الحالف لو باع الثوب المحلوف عليه مع علم بانه ملكه بغير امره ينبغى ان لا يحنث فليتامل

ومن قال لآخر ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضى اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجرى فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضى الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره

اى اختصاص العين به اى بالحلف عليه كما تم

ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجرى فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه فى الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال المشترى ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق يتعلق به والمعلق كالمنجز ولو تنجز العتق يثبت الملك سابقا عليه كذا هذا ومن قال ان

العين صونا للكلام عن الالغاء وقوله ودس اى اخفى والمراد بالغلام ابنه لا العبد كما ذكره

فى الجامع الصغير لقاضى خان واما الولد كما ذكره فى الفوائد الظهيرية وهذا هو

الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فامر غيره

بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المص قبيل هذا وان شئت

من وجه الاول بان المراد ما يوكل الى النيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع

بها الوكيل بما لحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شىء من ذلك فكان كالاكل

والشرب واجاب عنه بان المسئلة المذكورة بان محمدا لم يذكرها وهو مخالف لما

ذكره المص وبخطاله فانه ذكر انه لا حقوق له ترجع الى المامور ومع ذلك

جعله مما يحتمل النيابة قال ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه

ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط

وهو البيع والملك فيه قائم لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق

فينزل الجزاء فقيل لو كان البيع من غيره افادة الحكم كان قيا لوقوع ما علق به

لكان النكاح كذلك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب

ان ينزل الجزاء وليس كذلك واجيب بان جواز البيع ليس مع المنافى وجواز

النكاح مع المنافى لانه رق والانسان ينافيه اذا كان النكاح فاسدا

اعتقد فساده بما يخالف الدليل فيرجح جانب العدم فصار كانه لم يكن

بخلاف البيع لانه موافق للدليل فكان موجودا بالايجاب والقبول فى

المحل والعالم بهذا الحكم ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه

وشرط الخيار لنفسه عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك

قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشترى لا يمنع ثبوته له عندهما وكذا على اصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو تنجز العتق

قوله قيل لو كان البيع الخ قوله واجيب اقول وقد يقرر السؤال والجواب هكذا ان قيل هذا البيع فى هذه الحكم ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء فالنكاح ايضا ينبغى ان يحنث به اذا علق به فى النكاح الفاسد وليس فى النكاح باعتبار الانسانية قلنا يمنع قبول حكم الايجاب والقبول لا يقتضى الجزئية والنكاح رق فلا يثبت اذا كان ... كذا فى الفوائد الظهيرية

ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان
الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع واذا قالت

بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا
علق ورد بان في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز اصلا لعدم احتماله
التأخير وفي التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لفوت العتق بعد مضي مدة الخيار
فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال واجيب بان
العتق يحتاط في تحصيله وهو ممكن بايقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر الى
مضي مدة الخيار وطولب بالفرق فان فرق ما نحن فيه من المسئلة وبينها و
الخيار للبائع فانه قد اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة
وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فانه لا يعتق ما لم يسقط الخيار
عند ابي حنيفة وفرق بين الاوليين بان الخيار اذا كان للمشتري يتمكن من
اسقاطه ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثانيتين
بان المشتري القريب لم يوجد فيه كلمة الاعتاق بعد الشراء حتى يسقط بها الخيار
فلا يعتق عليه ما لم يسقط واما في الايجاب المعلق فانه يصير قابلا عند
وجود الشرط انت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووضع
المسئلة في البيع بشرط الخيار ليفيد ان البيع اذا كان باتا لا يعتق وان وجد
البيع بناء على ان العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد
عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانه يبقى قابلا
فيه ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق
او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات المحلية
البيع وهذا في اعتاق العبد ظ فاما في التدبير الامة فلا بد من بيان
لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز ان ترتد فتسبى
بعد اللحاق بدار الحرب وذلك ان الكلام في المدبر ما دام مدبرا اذا قضى

القاضي

واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن
ابي يوسف انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به
وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتديا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت
عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا
يصلح مقيدا ولو نوى ح

القاضي بجواز بيعه يفسخ ~~الحرب وذلك ان الكلام في المدبر ما دام~~ التدبير
ويكون البيع في بيع القن لان بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار
بقاء التدبير وهذا كما ترى غير مخلص لانه يفيد ان فوات المحل ببقاء التدبير
والتدبير قد يزول فلا تفوت المحلية فكان الواجب ان لا يقع الطلاق و
الاولى في البيان ان يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر ان المسلم لا يقدم عليه فان اقدم
فالظاهر ان القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصل عدم ما يحدث فكان
عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه محتملا للظاهر من كل وجه فلا يكون
معتبرا واما الامة فان من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم
بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لانه عقد يمينه على البيع باعتبار
هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير وقوله ولو قالت

قوله وقد انتهى ذلك الملك اقول فيه بحث فان
الملك كاملا في المدبر كما مر في الباب السابق والاولى
ان يقول ولا يمكن البيع بعد الاعتاق والتدبير ح

امرأة لزوجها ظ وقوله لانه زاد على حرف الجواب اي اصله لانه لو اراد الجواب
المطابق لقال ان فعلت فهي طالق فلما ذكر كلمة كل دل على ان مراده العموم
فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتديا وقوله وقد
يكون غرضه ايحاشها جواب عن قوله بان الغرض ارضاؤها والله اعلم

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قدم هذا
الباب على باب اللبس وغيره لان في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على
غيرها وانما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل
على ثلثة اوجه في وجه يلزمه اما حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه
لا يلزمه شيء كذلك وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الاول فهو اذا قال
علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفي رواية النوادر او الى
مكة سواء كان في الكعبة او في مكة او لم يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا

ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا
وان شاء ركب واهراق دما وفي العكس ح

وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رضه
ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه
ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال

فان لم يكن بمكة فقط وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج بالعمرة
ويخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ قال بعضهم جاز له
ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله
وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان
الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله والقياس انه لا يلزمه
بهذا النذر شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة لان المشي امر مباح ولا
مقصودة في الاصل يعني لذاته لان المقصد منه شيء اخر لا نفسه فكان
القياس ان يكون النذر باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف اما الاثر
فما قال محمد في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضه انه قال من جعل
على نفسه الحج ماشيا يحج وركب وذبح شاة لركوبه كذا في بعض الشروح
وليس يطابق ما نحن فيه لجواز ان يكون ممن جعل على نفسه الحج ماشيا
بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال اخوان مروي عن علي رضه بانه
اجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة او عمرة وهذا اطابق وقد روى
سبنجي في شرحه ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله
فامرها النبي عليه السلام ان تحرم بحج او عمرة واما في العرف فما ذكره
في الكتاب ان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار
كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا وان ركب واراق دما فله ذلك
على ما ذكره في المناسك وايجاب الحج والعمرة بهذا النذر بطريق المجاز
من باب ذكر السبب وارادة المسبب ولهذا لا فرق بين ان يكون في
الكعبة او غيرها فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان
اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة في بيتي

قوله وفي القياس لا يلزم شيء لانه التزم ما ليس بقربة اقول
فان قيل يشكل بهذا بالاعتكاف فانه ليس بقربة
ان لم يكن واجب من جنسه فقد صح النذر به و
لا يصح الا بالصوم والصوم من جنسه قصدا فيكون النذر به و
فان قيل الاعتكاف يصح في الليل وان كان الصوم من جنس القربة الاعتكاف
لا يصح فيه فلما صحة الاعتكاف في الليل وان كان المقصود
الاعتكاف في اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل يصح الصحة
الليل منفردا لمعنى الكلام لا يصح وتمام فصل النفقا بالواجب في
من شروح الهداية بكلام مستوفى بالاعتكاف فراجعه

ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تع فلا شيء عليه لان التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف و
لو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في قوله علي المشي الى الحرم
حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام
فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف
ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ
فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر
ان لم احج العام فقال حججت وشهد
شاهدان انه ضحى العام بالكوفة
لم يعتق عبده وهذا

الا لاجل المشي في طريق الحج كما لا باس هناك قرب الحطيم بثوبه وانما
يجب بهذا اللفظ الكعبة لكون اللفظ عبارة عنه اجيب بان الحج ماشيا
فضيلة ليست لمن حج راكبا وقال عليه السلام من حج ماشيا فله بكل خطوة
حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر
لفظ لايجاب المشي لاحراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج او العمرة
لاجماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز
والاولى ان يقال بهذه اللفظ في العرف يستعمل للحج او العمرة ماشيا الا
ان الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه واما الوجه الثاني فهو اذا
قال علي الخروج او الذهاب او السعي او السفر او الركوب او الاتيان
الى بيت الله او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الاثر والعرف
فيه فكان باقيا على القياس واما الوجه الثالث فهو اذا قال علي المشي
الى الحرم او الى المسجد قال ابو حنيفة لا شيء عليه كما لو قال علي المشي
الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد لزمه حجة او عمرة لان الحرم
شامل للبيت وكذلك المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا
والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة
غير متعارف حتى يعتبر مجازا ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع
اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام ط وقوله لكن لا يميز بين
نفي ونفي تيسيرا ونوقض بمسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل
انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه
امرأته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت بهذه الشهادة
وان قامت على النفي لانها قامت على نفي شيء احاط علم الشاهد به

قوله وفيه نظر لانه لا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز اقول
والذي يظهر ان الكلام ان اللفظ كناية لا مجاز حتى
يلزم الجمع بينهما تامل

لا يدخل تحت القضاء الخ
...
قوله جازت بهذه الشهادة ...

وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن
ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصد منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه
لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز
بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك
عن المفطرات على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به
الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى اخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي فقام و
قرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في

الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك و يتكرر في الجزء الثاني ولو حلف ح

واجاب الامام قاضي خان ان هذه الشهادة شهادة قامت على امر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامام العلامة شمس الائمة وفخر الاسلام اذا قال انه هذان الزوج لم يقل هذه الزيادة فتثبت الشهادة لان قوله هذا ايمان فيها لا احاطة علمهما لذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس بمختار المص لاقتضائه الى الحرج وقوله

لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا اورد عليه ما لو قال والله لا صومن هذا اليوم وكان ذلك بعد ما اكل او شرب او بعد الزوال فيح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان الصوم الشرعي بعد الاكل وبعد الزوال غير متصور والجواب ان الدلالة قامت على ان المراد به ليس الصوم الشرعي وهي كون اليمين بعد الاكل او بعد الزوال فانصرف الى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف اليه وقوله

ولو حلف لا يصلي ط وقوله لا يحنث ما لم يصل ركعتين قيل عليه ان لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يات بالقعدة لان الصلاة لم يكن معتبرة بدون القعدة شرعا وليس بشيء لان الركعتين عبارة عن صلاة تامة وتمامها شرعا انما يكون بالقعدة فاشار الى ذلك بتعليله بقوله لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الحلي والثياب على اليمين في الضرب والقتل اما لان يمين لبس الثياب اكثر وجودا منه واما لان اليمين به مشروع وجودا بخلاف الضرب والقتل ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي اي صدقة التصدق به

ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصلي ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قال ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها

لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه
وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت
من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث
لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه
حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو
لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند
ابي حنيفة وقالا يحنث لانه حلي حقيقة
حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به
عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان و
يفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد
معتاد
ومن حلف ح

على فقراء مكة وكلامه واضح وقوله والمعتاد هو المراد يعني فصار كانه قال من قطني او من قطن سا يملكه وذلك سبب اي القول من قطن الزوج سبب لملك الزوج لما غزلته وقوله ولهذا ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببا لان يملك الزوج غزلها مع ان القطن ليس بمذكور هناك وما ذاك الا باعتبار ان غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون القطن مملوكا وقت الحلف او لم يكن و قوله ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحلى به النساء من ذهب او فضة او جوهر واستدل باباحة استعماله للرجال على ان الخاتم من فضة ليس بحلي لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم اوله ولغيره لم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا لكان مباحا وان كان من ذهب حنث يعني كيف ما كان يعني سواء كان فيه فص او لم يكن فتبين الخواتم بلثة الذهب مطلقا والفضة المفصوصة والحالف ان لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المفصوصة ولا يحنث بلبسه وقوله ولو لبس عقد لؤلؤ ط والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر وقوله حتى سمي به في القرآن اي بالحلي وتريد به قوله تع وتستخرجون منه حلية تلبسونها وقوله تع يحلون فيها من اساور من ذهب ولؤلؤا جعل اللؤلؤ حليا بجعله تيسير الفوله يحلون وقوله ومن حلف لا ينام على فراش يريد به على فراش بعينه بدليل قوله الا جعل فوقه فراشا اخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على حقيقته فكذا يحنث

ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا اخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فيقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف ح

ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس
في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فيقطع النسبة **باب اليمين**
في الضرب والقتل وغيره ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل
مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه الحيوة في قول العامة وكذا الكسوة

في هذه الصورة ايضا لانه نام على فراش وقوله لانه تبع له فلا يعتبر حائلا
يعني الا انه لو نزع ثيابه وطرحه على الارض وجلس عليها لم يحنث لانه لم
يبق تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير ولو حلف لا يجلس على سرير
الخ كما تقدم **باب اليمين في الضرب والقتل وغيره** يريد
بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم وجه ذكر المناسبة في الباب المتقدم ومن
قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم
لفعل مؤلم متصل بالبدن وهو لا يتحقق في الميت لانتفاء الايلام فيه وتوضيح
بقوله تع وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر ايوب عليه السلام
في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الايلام لان الضغث عبارة عن
الحزمة الصغيرة من ريحان او حشيش فلم يكن بمجموعه الايلام فكيف لاجزائه
واجيب بانه جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عم خاصة
اكراما له في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق
غيرها به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث
وروي عن ابن عباس رض ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر مجاز
ان يصيبها الم اجزائها وكان حكمه باقيا في شريعتنا ايضا وتمام الكلام فيه
في الكشاف وذكر في شرح الطحاوي ومن حلف ليضربن فلانا مائة
سوط فضربه بها مرة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله بر في يمينه
والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام وقوله ومن يعذب
في القبر جواب عما يقال قولكم الايلام لا يتحقق في الميت مشكل بعذاب الميت
في القبر وقيد بقول العامة احترازا عن قول ابي الحسين الصالحي فان الميت
عنده يعذب من غير حياة ولا يشترط الحياة لتعذيب الميت وقوله

وكذا

267

وكذا الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به
الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس **قال** وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام و
الموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر
فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف
لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها
او عضها يحنث لانه اسم لفعل مؤلم
وقد تحقق الايلام بهذا الفعل وقيل
لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى
ممازحة لا ضربا ومن قال

وكذلك الكسوة يعني ان قال ان كسوتك فعبدي حر فكساه بعد الموت
لا يحنث وقوله لانه يراد به اي بالكسوة على تأويل الاكتساء التمليك عند
الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به
اي بالكسوة الستر فح يحنث لان فيه تشديدا عليه وقوله وقيل بالفارسية
ينصرف اللبس دون التمليك وهو قول الفقيه ابي الليث ومعناه انه
يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فالبسه وهو ميت حنث لان
الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله وكذا
الكلام والدخول يعني اذا حلف لا يكلم فلانا او حلف لا يدخل على فلان
فكلمه ودخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه لان المقصود من الكلام الافهام
والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو
فان قيل قد روي ان رسول الله عليه السلام كلم اصحاب القليب حيث سماهم
باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني ربي حقا
اجيب بان ذلك كان معجزا له عم وقوله ويتحقق ذلك يعني التطهير
في الميت الا ترى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا تجوز صلاته
وان كان مغسولا جازت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها
او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن وقد تحقق الايلام
في هذه الافعال وقيل لا يحنث في حال الملاعبة وان اوجعها والمها لانه يسمى
في العرف ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام وقوله ومن قال
ان لم اقتل فلانا الخ وقوله هو الصحيح احترازا عما ذكر في شرح الطحاوي
فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه يحلف وقال ان لم اشرب الماء
الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروي عن ابي حنيفة رح

ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته كذا وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدث الله تعالى
فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لم يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه و
لا تتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي

باب اليمين في تقاضي الدراهم ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من شهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضه زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق

في رواية اخرى انه لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر وهو الصحيح لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود الذي في الكوز فان كان الله تعالى وان احدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الماء الذي اضيف اليه الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى فاماته الله مائة عام ثم بعثه وكان ما وقع عليه اليمين متوهما والعادي منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فان تاء التانيث تحذف في النسبة

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات ذكرها في اخر الايمان التي تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء او القبض والعدد لان التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه كذا قال الشارحون واقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي على ما اصرح بذكره عند راس كل مسئلة والاصل في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها وان العيب لا يعدم الجنس وان ما دون الشهر قريب وما فوقه بعيد **قال** ومن حلف ليقضين دينه تقاضى الرجل دينه فحلف غريمه ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لما ذكر في الكتاب وجعل الشهر ايضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا وان زاد في التقاضي فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة بر في يمينه لما ذكر في الكتاب والزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده

التجار

وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين ومن حلف في

التجار وسياتي في كتاب البيوع وقوله فوجد شرط البر يعني قضاء دينه في اليوم وقبض المستحقة صحيح الا ترى انه لو اشترى بها شيئا فاخذها المستحق بقي البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده اي برد ما قبض من الزيوف والنبهرجة او المستحقة البر المتحقق لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا رد البدل لكونه زيفا او نبهرجا او استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض بعيب او استحقاق لان مبناه المقاصة وقد انتفت قوله وان وجدها رصاصا قوله لان قضاء الدين طريقه المقاصة بيانه ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا وقد تحققت بمجرد البيع لان ثمن العبد اخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريقه قضاء الدين المقاصة لان قضاء الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين وصف الذمة ولهذا قالوا ان الديون تقضى بامثالها قوله فكانه شرط القبض كانه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير وقبضه ووجهه ان اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ما له من الدين عليه متقرر عليه وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فتقاصا وان وهبها له اي ان وهب الدائن دينه للمديون لم يبر الحالف لعدم المقاصة لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء والهبة ليست فعله

مطلب ما تحقق بيع الدون تقضى بامثالها

قوله لان القضاء فعله اقول فيه تامل الا ان يكون بدلا عن قوله لعدم المقاصة

ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ح

لانه اسقاط من صاحب الدين واما قال لم يبر لانه اعم من الحنث فكانه اشار بذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما حجة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد لان البر نقيض الحنث فمن وجود احدهما يلزم ارتفاع الاخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الاخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا واقول ليسا نقيضين على اصطلاح اهل المعقول وغير الحالف لا يتصف باحدهما وشان النقيضين ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد منهما واذا تقاضى دينه فقال اقضها مسئلة الحلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع متفرقا لان شرط الحنث امر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف يضاف اليه وهو اسم لكل ماله عليه فينصرف اليه والمركب منتف بانتفاء جزئه فاذا وجد احدهما دون الاخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله فان قبض دينه في وزنين ظ ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا املك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لما ذكر في الكتاب قوله ولان استثناء المائة استثناء لجميع اجزائها يعني فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلذلك لا يحنث مسائل متفرقة اي هذه المسائل التي ذكرها مسائل متفرقة ومن دأب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب في اخر الكتاب واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا اليمين

ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء مسائل متفرقة واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ح

وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ح

على فعل الشيء او تركه الى الابد واما ان يكون موقتا بوقت كيوم وشهر او مطلقة فان كان الثاني وهو المذكور في الكتاب وان كان على الترك تركه ابدا وان كان على الفعل بر بفعله مرة اي على اي وجه كان ناسيا او عامدا مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فيوجب عموم الامتناع وفي الاثبات تخص فان فعله في صورة النفي مرة حنث وان فعله في صورة الاثبات مرة بر وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف او بفوت محل الفعل وان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان وقع اليأس بموته او بفوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر اي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد دخل البلد كان الاعلام واجبا حال ولايته فاقتصر وليس يلزم الاعلام حال دخوله وانما يلزم ان لا يؤخر الاعلام الى ما بعد الوالي او عزله على ظاهر الرواية لان المقصود منه اي من الاعلام دفع شره اي دفع شر نفس الداعر او شر غيره بزجره فان الوالي يزجره ويؤدبه لدعارته فينزجر غيره عن الدعارة لو كانت في قصده او نيته وهذا المقصود انما يفيد فائدته اذا كان الوالي قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف انه يجب الاعلام على الوالي بعد عزل المستحلف

ومن حلف ان لا يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافاً لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ونحوه

الصفا لانه مفيد في الجملة وقوله ومن حلف ان لا يهب على ما ذكره في الكتاب واضح واختلف اصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال بثبوته الا انه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة ومنهم من قال بعدمه لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق قيل هذا تفسير الامام فخر الاسلام وقلده الصدر الشهيد والحق فيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قوله اسم لما لا ساق له ان له رائحة طيبة كما لورقه واصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة على ان نفيه في اللغة موقوف على الاستقراء التام في اوصاف اللغة وهو متعذر وقيل في الضابط بين الريحان والورد ان ما ينبت من بذره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر ولورقه رائحة مستلذة فهو ورد و

من حلف لا يشتري بنفسجا واشترى دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشرى ينبني عليه اي على البيع وهذا في عرف اهل الكوفة وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه اي الورد حقيقة فيه اي في ورق الورد والعرف مقرر له اي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني ان اسم الورد حقيقة وفي العرف ايضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة وفي البنفسج قاض اي غالب راجح يعني ان اسم البنفسج

ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا بالعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشرى ينبني عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف

وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هي العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد والتعزير لعدم التقدير والمقصود الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار

يقع على غير البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي لا على دهنه ولكن العرف غير ذلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا في اسم البنفسج على حقيقته

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدائرة بين العبادة والعقوبة اورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لانها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال واما سببها فسبب كل منها ما اضيف اليه حد الزنا وحد القذف وغيرهما واما تفسيره لغة وشريعة والمقصود الاصلي من شرعه وحكمه فقد ذكره في الكتاب وقوله الانزجار عما يتضرر به العباد يريد به افساد الفراش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى ان الحدود تشتمل على مقصد اصلي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغير الاصلي وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع في حق الكافر الذي في الحدود ولا يطهر من ذنبه باجراء الحد عليه قال والزنا يثبت بالبينة والاقرار الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة لاهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا فخاطب رجلا يكنى ابا حاضر والخرطوم والمسكر بفتح الكاف الخمر وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما وعن شبهة الاشتباه فتمكين المرأة من ذلك واختير لفظ القضاء اشارة

قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظ وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفي بالظ
قال رح

الا ان يجد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الفعل والمكلف ليخرج الصبي والمجنون والمراد بالملك ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها وما اشبهه وبشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ جارية ابنه او مكاتبه او عبده المأذون المديون وبشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية ابيه على ظن انها تحل له و

الزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف رح والمراد ثبوته عند الامام وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلها ويتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار وانما الحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذا سائر الحدود الا في حد القذف لقوله تعالى فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون وقوله معرة ومضرة المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة ضرر يتصل ببدنه ويسري الى باطنه من لحوق العار لاتيانه الزنا وقوله فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ظ وقوله ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر هو احتراز عن قول من يقول ان اشتراط الاربعة لان الزنا لا يثبت الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك فعل الاثنين يثبت بها وانما الصواب ان الله تعالى احب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر وقوله وهو اي الستر مندوب اليه قال عليه السلام من ابتلي منكم بشيء من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة والاشاعة ضده اي اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضده ضد الستر لا محالة ثم لما كان الستر امرا مندوبا اليه كانت الاشاعة

قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا شهدوا ح

والافره ... عذاب اليم ... الذين احبوا ... فيكون مذموما لقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة

واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزني بها ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب وفي المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطئ جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل ح

اراد بقوله واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو احترازا عن الغلط في الماهية وكيف هو احترازا عن الغلط في الكيفية واين زنا احترازا عنه في المكان ومتى زنا احترازا عنه في الزمان وبمن زنا احترازا عنه في المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل اما الاول فما روي عن رسول الله ع م سأل ماعزا الا ان ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت لكونه صريحا في الباب والعاقل كفاية واما العقل فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة او زنا في دار الحرب وهو لا يوجب الحد او في المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد او كانت له في المزني بها شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطئ جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها بيانا لماهيته والمزني بها كالميل في المكحلة في بيان كيفيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء لان النبي عم امر بذلك قال ادرؤوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتي في الشهادات ان شاء الله تع قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه الا اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبتنى على الدرء فان قيل الاحتياط الا الحبس اظهر اجيب بان الحبس ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لاتهامه بالجناية وقد صح ان رسول الله ع م حبس رجلا بالتهمة وفرق بينه وبين سائر الديون سيأتي ان شاء الله تع قال والاقرار ان يقر العاقل البالغ فصورة المسئلة ظ على ما ذكره وقوله اعتبارا بسائر الحقوق يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في

وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تع قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تع
قال والاقرار الى آخره

قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا ح

الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا وقوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة يعني انها تفيد زيادة في طمانينة القلب وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز رض فانه جاء الى رسول الله عم وقال زنيت فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة قال النبي عم الآن اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فابى الا ان يصرح بالزنا فقال ابك خبل ابك جنون وفي رواية بعث الى اهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسال عن احصانه فاخبر انه محصن فامر برجمه وعن ابي بريدة قال كنا نتحدث في اصحاب رسول الله عم ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله عم فهذا يدل على ان هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما اشار اليه بقوله فانه اخر الاقامة وبيانه ان رسول الله عم اخر اقامة الحد الى ان تم الاقرار اربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة لم يوخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتاخير الواجب لا يظن برسول الله عم فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لان العقر والحد لا يجتمعان في واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وبقي الحكم موقوفا ان تمت الحجة وجب الحد وان لم يتم وجب المهر فان قيل انما اعرض النبي عم لانه استراب في عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال فقال ابك جنون ابك خبل اجيب بان تغير الحال قد يكون بالتوبة والخوف

ولنا حديث ماعز رض فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة ح

ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رح لانه عم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه قال فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ح

من الله تع لا دليل الجنون وانما قال النبي عم ابك جنون تلقينا للاندراء به الحد كما قال لعلك وطئتها بشبهة ليرجع عن الزنا الى الوطء فيسقط الحد به عنه كما قال للسارق اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روي ان ابا بكر رض قال لماعز لما اقر ثلاثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله ولان الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتبار سائر الحقوق وتقريره ان سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه اربعة ونصابها ههنا ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف لما روينا انه عم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده اي عند الاتحاد يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار الا ترى انما جاء في حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم يعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من المجتهدين والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد وقيل يعتبر في مجلس القاضي ورده المص رح بقوله دون مجلس القاضي وقوله والاختلاف بان يرده القاضي ظ وقوله لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار ودليله ان التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي موجودة في الاقرار وسياتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا وقوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما بالاخرى وصار كالقصاص وحد القذف ولا يبطلان بالرجوع بعد الثبوت بالاقرار وقوله فتتحقق الشبهة في الاقرار يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله وهذا قريب من الاول في المعنى اي قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب

ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز رض لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي ان يقول الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل ح

فصل في كيفية الحد وإقامته

وإذا وجب الحد وكان الزاني محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت لأنه عليه السلام رجم ماعزاً وقد أحصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد إحصان وعلى هذا إجماع الصحابة رض قال ويخرجه إلى أرض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس كذا روي عن علي رض ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي لا يشترط بدايته اعتباراً بالجلد قلنا كل أحد لا يحسن الجلد وربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لأنه دلالة الرجوع وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط

قال العبد ويبتدئ الشهود برجمه أي أول في المبسوط ... من قوله لذلك سنتها في المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقيباً للرجوع لما أنه سعال في كل واحد منهما ثم سقط الحد

فصل في كيفية الحد وإقامته

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لأن إقامة الحد بعد وجوبه وقوعاً فأخره ذكراً وكلامه واضح وقوله وعلى هذا إجماع الصحابة رض أي على وجوب الرجم إذا كان الزاني محصناً وذهب الخوارج إلى أن الحد في الزنا الجلد ليس إلا لأنهم لا يقبلون أخبار الآحاد وذلك محجوج عليهم بالإجماع على أن الحديث مشهور تلقته الأمة في الصدر الأول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائزة وقوله فإن امتنع الشهود حاصله أن الابتداء ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيباً أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمي بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف وروي عنه أنهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس وكذا في الذخيرة أيضاً وعلى هذا فقيده بظاهر الرواية راجع إلى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور إلا أنه وليس بمختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا وإذا سقط بامتناع أحدهم هل يحد الشهود أم لا ذكر في المبسوط لا حد على الشهود لأنهم ثابتون على الشهادة وإنما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعاً منهم عن الشهادة على الزنا واعلم أن ظاهر الرواية يقتضي الاعتبار بشبهة الشبهة وهي غير معتبرة فما قال والغامدية إن الإقامة بالحد حتى في الأزد وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وقوله إلا أنه انتسخ في حق المحصن يعني أن قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الآية عام في المحصن وغيره إلا أنه انتسخ في حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها وهو ما روي عن ابن عباس أن عمر بن الخطاب رض خطب فقال إن الله تعالى بعث محمداً عم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله عم ورجمنا بعده وإني خشيت إن طال بالناس زمان أن يقول قائل لا نجد آية الرجم في كتاب الله

وإن كان مقراً ابتدأ الإمام ثم الناس كذا روي عن علي رض ورمى رسول الله عم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عم في ماعز رض اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً وصلى النبي عم على الغامدية بعد ما رجمت وإن لم يكن محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة إلا أنه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولاً به قال ويأمر

قال ويأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً لأن علياً رض لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لإفضاء الأول إلى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الإزار لأن علياً رض كان يأمر بالتجريد في الحدود ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم إليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الإزار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على أعضائه لأن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف قال إلا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عم للذي أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك إهلاك معنى فلا يشرع حداً وقال أبو يوسف رح يضرب الرأس أيضاً رجع إليه وإنما يضرب سوطاً لقول أبي بكر رض اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً قلنا تأويله أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله ويقال إنه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والإهلاك فيه مستحق

فصدقوا أنه لكم فريضة قد أنزل الله عز وجل فارجموا على من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا قامت البينة أو كان حبل أو اعتراف وايم الله لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة رض ولم ينكر عليه أحد فكان هذه الآية تنسخ حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن ونسخت تلاوتها لحكمة يعلمها الله وقوله بسوط لا ثمرة له قال في الصحاح ثمر السياط عقد أطرافها ومنه يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لأنه إذا كان له ذلك يصير الضربة ضربتين وهذا أصح لما روي أن علياً رض جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والأول هو المشهور في الكتب والمبرح مأخوذ من برحاء الحمى وغيرها يقال برح به الأمر تبريحاً أي غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذي هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وإنما ذكر بلفظ الجمع هنا مع أنه فرد في بدنه وهو الوجه لأنه أراد به ذلك العضو وما حوله لقولهم شابت مفارق رأسه كذا في الصحاح وقوله ومن دعاة الكفرة الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض أي كان يدعو الناس إليهم وقوله لأنه زيادة على المستحق إلا أنه ... الضرب ... ونحوها قال

وإن كان عبداً أو أمة أي كان من زنى عبداً أو أمة جلده الإمام خمسين جلدة لقوله تعالى فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الإماء ودخل تحتها حكم العبيد وهو خلاف المعهود فإن المعهود أن يدخل تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكان هذا الأسلوب والله أعلم بناء على أن أسباب السفاح فيهن ودخوله البهن عالية كما تعد بهن في قوله تعالى الزانية والزاني ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم

ويضرب في الحدود كلها قائماً غير ممدود لقول علي رض يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لأنه زيادة على المستحق وإن كان عبداً جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الإماء ولأن الرق منقص للنعمة فيكون منقصاً للعقوبة لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لأن النصوص تشملهما غير أن المرأة لا تنزع

وان قوله في الرجم جاز لانه عم حق للعامدية الانذور بها وهو علي رض لشراحة الهمدانية والا ترك لا يجزه لانه عليه السلام
لم يامر بذلك وهي مشفورة بينا بها والحفر احسن لانه استر ويحفر الي الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عم ما حفر لماعز و
لان مبني الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولي الحد على عبده الا ان باذن الامام و
قال الشافعي رح له ان يقيم لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولي لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار
كالتعزير ولنا قوله عم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا

لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه
من هو نايب الشرع فهو الامام او
نايبه بخلاف التعزير لانه حق العبد و
لهذا يعزر الصبي وحق الشرع
موضوع عنه   واحصان ح

لانه لا ينتصف وقوله لان الجناية عند توافر النعم افحش اصله قوله تع يا نساء النبي
من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله لما روينا يعني من
علي يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا الشدد في بفتح الاول والواو بالضم
والهمزة مكان الواو والدال في الي التمي مضمومة ثدي الرجل ولحم الثديين والكمد ا نية
لسكون اليم مسوب الاهدان لسكون الميم حتى لا تحفظ من العرب وقوله لما روينا
من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة وقوله والربط والامساك غير مشروع الا
ان يعجزهم كما ذكرناه وقوله ولنا قوله عم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود رواه ابن مسعود رض
وابن عباس والزبير والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفي وقوله لان الحد
حق الله تع مشروع متعلق به نفع العالم على الاطلاق والتكبير تتناول حق ما لنا وما علينا
وقوله على الاطلاق للاحتراز عن العبد فانه مشروع متعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة
مال الغير مثلا فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح
الزنا باباحة المراة ولا باباحة اهلها وتمام النقرير فيه مذكور في التقرير وقوله واحصان
الرجم انما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجي ان شاء الله تع
احصان الرجم مشروط بسبع شرائط ان يكون حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج امراة نكاحا
صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان هذا على قول المتقدمين واما المتاخرين فركب
في ثلاثة من ذلك واما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب دونها واما
الحرية فشرط قوله العقوبة بواسطة تكامل النعمة والتقي واتفق المتاخرين في جعل العقل
والبلوغ شرطا لاهلية العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية يكون سببا لافحش
العقوبات واسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة متغلظ عند تكثرها وتغلظ يستدعي
اغلظ العقوبات وهذه الاشياء من جلايل النعم فكونها يكون سببا لافحش العقوبات وهو
الرجم بالحجارة الى الموت ليكون ثبوت الحكم بتعدد سببه واتحد الشرائط على هذا العدد

واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان والعقل
والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة
اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلايل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به
بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالراي متعذر   ولان الحرية ح

ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح من الوطي الحلال والاصابة بشبع بالحلال والاسلام
يمكنه من نكاح المسلمة ويتوكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ
والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رح في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام
رجم يهوديين قد زنيا   فلنا ح

لان الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها والشرف والعلم والجمال
والحسب وان كانت من جلايل النعم ايضا الا ان الشرع لم يرد باعتبارها و
نصب الشرع بالراي متعذر وقوله ولان الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرائط
فتبين ان لها مدخلا في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف
وذلك لان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح لان الحر بنفسه لا من نفسه ليس تحت ولاية
احد والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال لا محالة والدخول به شبع ومؤكد
بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة مؤكدا اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة
عن الزنا والجناية عند توافر الزواجر اغلظ ولهذا لا يعقل في العلم باحوال
الاخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا فكان العقوبة اجلا من الزواجر
والجمال في المنكوحة مقتنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف يردع عن لحوق
معرة الزنا وعاره وكان الواجب ان يكون من شرائطه والجواب ان المسلم
الناشي قلما يخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبط
به فلا يكون معتبرة واما وجه اشتراط كونها على صفة الاحصان عند الدخول
فسنذكر والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية
مستدلين بما روي مسندا الى ابن عمر ان اليهود جاؤوا الى النبي عم فذكروا له ان
رجلا منهم وامراة زنيا فقال لهم رسول الله عم ما تجدون في التوراة في شان
الزنا قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم
فاتوا بالتوراة فنشروها فجعل احدهم يده على اية الرجم ثم جعل يقرا ما قبلها
وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها اية الرجم فقال
صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله عم فرجما قلنا ذلك بحكم التوراة
ثم نسخ يؤيده ما روي اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر من اشرك بالله ليس بمحصن وقوله

فلما كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ تؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن
والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل   وشرط ح ح

وشرط صفة الاحصان فيها عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون
محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة
بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقل ما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن
رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رح يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه و
قوله عم لا تحصن المسلم اليهودية
ولا النصرانية ولا الحر الامة
ولا الحرة العبد قال ولا

والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل لبيان ما يحصل به
الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافي ما تقدم من قوله والاصابة بنكاح صحيح بالحلال
فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك في حديث رفاعة حيث
قال عليه السلام لا حتى تذوقي عسيلته بالتصغير وقوله وشرط صفة الاحصان
فيهما ظاهر قيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمراة مسلمة واجيب بان
صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المراة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه
ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام عليه كان زوجا وقوله وابو يوسف
يخالفهما في الكافرة في ان اسلام المنكوحة وقت الدخول شرط احصان الزاني
فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا والحجة عليه اي
على ابي يوسف ما ذكرناه يعني من قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وقوله
وقوله عليه السلام معطوف على قوله ما ذكرناه لا تحصن المسلم اليهودية ولا
النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ذكره شمس الائمة السرخسي في
مبسوطه قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية عن احمد رح يجمع
بينهما لما روى عبادة بن الصامت انه عليه السلام قال الثيب بالثيب جلد مائة
ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ولنا ان النبي عم لم يجمع بينهما في
ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة من بعده وحديث عبادة بيان لقوله او يجعل
الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله ولان الجلد يعرى ط
وقوله والشافعي رح يجمع بينهما حدا اي في حد الزنا بين الرجل والمراة جميعا لقوله عم
البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان التغريب من تتمة الحد فكان الرجل
والمراة سواء فكذلك في حق التغريب ولان فيه اي في التغريب حسم مادة الزنا
لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لان الزنا

قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لان النبي عم لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر
غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي
والشافعي رح يجمع بينهما حدا لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف
ولنا

ولنا قوله تع فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب
فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من
اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عم
الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة
وقد عرف طريقه في موضعه قال الا

انما يستانس بالصحبة والموانسة والتغريب قاطع لذلك ولنا قوله تع فاجلدوا
جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء وذلك لما نصب على المصدر ومعناه
ان الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل على انه كلاهما انه هو الجزاء
الا ترى اذا قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزاء الشرط
الا ما هو المذكور بعد الفاء وقوله او الى كل المذكور اي رجوعا الى كل المذكور ومعناه
انه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج اليه
في البيان فلو بقي شيء يحتاج اليه ولم يبين لزم الاختلال في البيان في موضع الحاجة
والعمل بالحديث الذي رواه نسخ الكتاب وهو قوله ولان في التغريب ط وقوله ثم
فيه اي في التغريب قطع مادة البقاء يعني ما يحتاج اليه من الماكول والملبوس وربما
يتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا لان فيه زيادة شهرة وقوله وهذه الجهة
مرجحة لقول علي رضه نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح ان هذه الجهة من العلة اقول
من علة الحكم لشهادة قول الصحابي ما قلناه ووجه الكسر ان الخصم يحتج بقول علي رضه
فقال المص هذه الجهة من جهات العلل يؤيده صحة قول علي رضه فكانت اللام للصلة
داخلة على المفعول كما في قوله تع والذين هم لربهم يرهبون وفي الوجه الاول كانت للتعليل
فان قيل الاصوليون اتفقوا ان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف تكون مرجحة
اجيب بان هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي منافية مع ان النفي ليس بحكم واجب
في الحد فيصلح للترجيح فعني في هذا الموضع بذكر التعليل موضحا بعضها بعضا وما راى
اختيار المص لفظ الجهة على لفظ العلة الا بهذه كذا في النهاية وقوله والحديث يعني
قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله عم الثيب بالثيب
جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قيل في طريقه الخلاف فان قيل
هذا اثبات النسخ بالقياس وحاصل ذلك ان الحكم الزنا في الابتداء كان امساك

قال الا ان يرى ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراى فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضه واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى اهلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد

فهي تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف صح

الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والابتداء باللسان فانتسخ ذلك بقوله عم خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تع الزانية والزاني والدليل على ان الحديث مقدم على قوله تع الزانية والزاني ان النبي عم قال خذوا عني فلو كان امساك الزواني في البيوت بقوله الزانية والزاني لقال عم خذوا عن الله وهذه الدلالة التي هي دلالة المتقدمة ههنا مثل دلالة المتقدم في حديث الوضوء والبداءة بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه موضعه اي دل في حديث الوضوء دل على انه مقدم على قوله عم استنزهوا البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دل الدلالة على ان الحديث مقدم على قوله تع الزانية والزاني وهو ما ذكر في النهاية وتبعه غيره من الشراح وقوله الا ان يرى ذلك مصلحة استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا راى الامام في تغريب الزاني مصلحة لو عارية فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراى فيه للامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضه وروي ان ابا بكر رضه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر سمع قائلة تقول هل من سبيل الى خمر فاشربها • او هل سبيل الى نصر بن حجاج • الى فتى ماجد الاعراق مقتبل • سهل المحيا كريم غير ملجاج • فطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن جعل لمصلحة ظهرت له فقال ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وعثمان رضه جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلي رضه جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير وقوله واذا زنى المريض الخ وقوله فان الغامدية روي ان الغامدية قال سالم اقرت بالزنا بين يدي رسول الله عم وكانت حاملا فقال رسول الله عم

بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رح انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عم قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله تع اعلم بالصواب

باب الوطي الذي ص

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات

ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت تائبا واقرت فقال ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله عم برجمها فدل هو على ان الحكم التأخير في هذا الزمان اذا لم يكن للولد من قريب

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا في اول كتاب الحدود وذكره المقصود ههنا واعترض بانه غير منعكس لان الزنا يصدق في قبل المرأة بهذا الفعل ولهذا لا يجد قاذفها بالزنا حد القذف وبهذا التعريف وهو قوله وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه واجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمرأة تدخل فيه تبعا لما سيجي بعد هذا ان كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المرأة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة فان قلت قوله لانه فعل محظور لا تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا ونوقش كلام انما اعتبروا ان يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد عقوبة فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه في حق من اشتبه عليه وليس بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى انه لو قال علمت انها تحرم علي حد و شبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وتسمى شبهة ملك ايضا فانها لا توجب

ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى

فالاول يتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق
الاشتباه والثانية يتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده
لاطلاق الحديث هداية

وان قال علمت انها حرام فالاول يتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان
يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية امرأته تحل له بناء على ان الوطي
نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطي فيكون كخفيها بالشبهة الا ظان
والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته لكن لا يكون عاملا
لمانع اتصل بها وهذه لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط
بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث لكن في الاول عند الظن وفي الثانية على كل
تقدير والنسب يثبت في الثاني اي في الوطي الثاني وقيل اي في المذكور الثاني
والاول ان يقال النوع الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه
لان الفعل تمحض اي خلص زنا في الشبهة الاولى وان سقط الحد لامر راجع
اليه اي الى الواطي وقيل هذا ليس يجري على عمومه فان المطلقة الثلاث
يثبت فيها النسب لان هذا وطي في شبهة الفعل العقد فيكفي لاثبات النسب
وفي الايضاح المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلاثا و
عد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكر فاذا قال ظننت انها تحل لي
لا يحد لان الاشتباه يتحقق بما هو لا حسب انتفاعها بالنفقة فكان هذا
ظنا في موضع الاشتباه فيمنع الحد وان قال علمت انها حرام علي وقالت الجارية
ظننت انه يحل لي لا يحد واحد منهما اما المرأة فلدعوى الشبهة واما الرجل فلان
الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد من المرأة سقط من الرجل لمكان الشركة على
ما يجي فان قيل ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلث حتى لا يحد اذا قال ظننت
انها لا تحل لي اجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلث
من النفقة والسكنى وحرمة المطلقة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى
لو جاءت بالولد يثبت النسب المستقبل فان قيل ليس في الجنس اختلاف
والنسب يثبت في الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في
الاول وان كان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فالشبهة في الفعل
في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة هداية

وام ولد اعتقها المولى وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية
كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا يحد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد هداية

في ان من طلق امرأته ثلاثا هل يقع اولا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط
الحد اجيب بانه لا خلاف يعتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه
واي قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد
عليه وان قال علمت انها علي حرام علي ما يجي وشبهة ام ولد اعتقها مولاها هي
ما فيها في المطلقة ثلاثا وهي في العدة من قيام اثر الفراش فكان الظن في موضع
الاشتباه وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد على مال مولاه والجارية
من ماله فجاز ان يظن حل الانبساط فيها بالوطي والجارية المرهونة في حق
المرتهن في رواية كتاب الحدود يعني اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لي لا
يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن او لم يدع كما في
الجارية المشتركة لانه وطي جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه
الحد اشتبه عليه او لم يشتبه قياسا على ما لو وطي جارية اشتراها على ان البائع
بالخيار واذا قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا
حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال
ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكر في كتاب الحدود هو ان عقد
الرهن عقد لا يفيد ملك المنفعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية فيثبت
على الاجارة فانها لا يفيد ملك المنفعة بحال حتى لا يورث قيامها في المحل شبهة
حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه كما في الجارية المستاجرة
الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك
المال في الجملة سبب لملك المنفعة الا لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له
سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل يثبت بهذا القدر ملك المنفعة
اولا بخلاف الاجارة فان الذي يثبت بها ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون

قوله وان لم يكن سببا في الرهن اقول لانه انما يملك بالدين المرهون بعد الهلاك وذا لا يفيد ملك المنفعة كما سنذكره ش

والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والمهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة رح تثبت بالعقد وإن كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا
هداية

ذلك بسبب ملك المنفعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا اشتباه وبخلاف البيع
بشرط الخيار لأنه إنما يعتبر له الملك بحال قيام الجارية وملك حال قيام
الجارية بسبب لملك المنفعة فقد انعقد له سبب ملك المنفعة وههنا إنما
يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك
المنفعة في حال من الأحوال فكان بمنزلة ملك المتعة ثم عد الشبهة في المحل وهي
في ستة مواضع على ما ذكرنا جارية ابنه لقيام المقتضي للملك وهو قوله عم
أنت ومالك لأبيك والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات لاختلاف الصحابة رض
في كونها رجعية أو بائنة والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لأن اليد
التي كانت بها متسلطا على الوطء باقية بعد فصارت شبهة في المحل والمهورة
في حق الزوج قبل القبض لقيام ملك اليد والمشتركة لقيام الملك في النصف
والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن وقد ذكرنا وجهه ففي هذه
المواضع لا حد بحال بتقدير وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعا
إلى الفاعل والقابل وثمة شبهة أخرى وهي التي تثبت بالعقد فإنها عند أبي
حنيفة رح تثبت به سواء كان العقد حلالا أو حراما متفقا عليه أو مختلفا فيه
وسواء كان الواطئ عالما بالحرمة أو جاهلا بها وعند الباقين لا تثبت
إذا علم بحرمته ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى إذا
عرفنا هذا أي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج الفروع
على ذلك وهو واضح مما ذكرنا وقوله وقد نطق الكتاب يعني قوله تعالى فإذا
طلقها فلا تحل له من بعد ولا يعتبر قول المخالف فيه يريد قول الزيدية والإمامية
فإن الزيدية يقولون إذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع إلا واحدة والإمامية يقولون
جملة لا يقع شيء أصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون أنه قول علي رض لأنه

قال ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الإجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا اختلاف
هداية

خلاف

ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحد لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رض فيه فمن مذهب عمر رض أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا إذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده
وإن قال علمت أنها علي حرام لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك والأبوة قائمة في حق الجد قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه
هداية

خلاف لا اختلاف والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفا والمقصد
واحدا والخلاف أن يكون كلاهما مختلفا وقوله ولو قال ظننت أنها تحل لي
ظ وقوله في حق النسب يعني النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق
لا النسب بهذا الوطء فإنه لا يثبت وقوله وكذا إذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف
مع ذلك أي كذلك الحكم إذا نوى من ألفاظ الكناية ثلثا ثم وطئها في العدة لا
يحد وإن قال علمت أنها حرام علي لأن اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث
فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله ولا حد على من وطئ جارية ولده
وولد ولده يعني وإن كان ولده حيا وقد يشير إليه تعليل الكتاب وهو قوله
والأبوة قائمة في حق الجد وقوله وقد ذكرناه أي في باب نكاح الرقيق و
قوله وكذا إذا قالت الجارية معطوف على قوله وقال ظننت أنها تحل لي
وقد قدمناه وقوله في الظاهر يتعلق بقوله وكذا أي لا حد على العبد في ظاهر
الرواية لأن الفعل واحد فورود الشبهة في أحد الجانبين يكفي لإسقاط الحد
عن الآخر فإن قيل يشكل هذا بما إذا زنا البالغ بصبية حيث يجب الحد على
البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضا واحد أجيب بأن سقوط
الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الأهلية للعقوبات
وكلامنا فيما إذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فإن ذلك
يؤثر في الجانب الآخر وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي
حد لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم لما بينا يعني قوله لأنه
لا انبساط في المال فيما بينهما فإن قيل لم لم يجعل هذا كالسرقة يعني إذا سرق
مال أخيه أو أخته لا يقطع أجيب بأن بعضهم هناك يدخل بيت بعض من
غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك

وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وإن قال علمت أنها علي حرام حد وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه الاستمتاع إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحد وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا
هداية

فكان شبهة الاشتباه

ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة
دليل لقوله لا يحد قاذفه
على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها هداية

الحرز واما ههنا فالحل دائر مع الملك او العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد قوله ومن زفت اليه غير امرأته هذا من باب الشبهة في المحل لان الفعل صدر منه بناء على دليل اطلق الشرع العمل به وهو الاخبار بانها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع حرمة الوطء لمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا ولهذا اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلام واضح وقوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بنى الحكم على الظاهر فكان بهذا الوطء حلالا في الظاهر فلم يسقط به احصانه وجه الظاهر ان الملك منعدم حقيقة فلم يبق الا الشبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم في بيتها يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا وكان مقصرا فيجب الحد وان قال قالت انا زوجتك لانها اذا اجابت بالفعل ولم يقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد وكذا في الايضاح ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله وكل عقد لم يصادف محله يلغو كما اذا اضيف الى الذكور وقوله وهذا لان محل التصرف بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهذا المحل ليس محلا لحكمه لان حكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يكون قابلا لمقصوده وهو التوالد وبنات ادم قابلة لذلك قوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه اصلا او في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني مسلم

وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات
هداية

ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات ادم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطي
هداية

ولكن كونه محلا في الجملة لم لا يجوز ان يكون شبهة في درء الحد فان الفعل لم يبق زنا لا لغة ولا عرفا فان اهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد وعدمه في الوطء وجودا واولاد اهل الذمة من نكاح محارمهم لا ينسب الى الزنا في العرف وهم يتوارثون على نكاح المحارم ولا يتوارثون على الزنا بل يحدون عليه واذا ثبت ان العقد صادف محله كان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في حقنا فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر وقوله ومن وطي اجنبية فيما دون الفرج اي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين يعزر لانه فعل منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في قبل دبرها اجنبية لانه اذا اتى امرأته او مملوكته في الموضع المكروه اي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات لان في الناس من يستحله بقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم من غير فصل بين محل ومحل ومن عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا ان كان غير محصن او رجما ان كان محصنا وهو احد قولي الشافعي وقال في قول اخر يقتلان بكل حال اي سواء كانا محصنين او لم يكونا لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه اي اللواطة في معنى الزنا وقيل اي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواطة وفي بعض النسخ انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وهو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواطة بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يندرئ بالشبهات

ومن وطي اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء
هداية

ولـه انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي من احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه هداية

قوله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه او التنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك من الحبس في انتن المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا وكذا هو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي في احد الجانبين يعني على ما هو الجبلة السليمة والداعي الى الزنا من الجانبين واذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس والقياس في مثله باطل وما رواه من قتلهما او رجمهما محمول على السياسة او المستحل لكون بذلك الا انه يعزر عنده اي عند ابي حنيفة لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والرأي الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه وحبسه فقوله الا انه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمل على ذلك نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره اي ستر فرج البهيمة واثما اثم عليه وان لم يستر ذلك لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان فرجه حكما الا انه يعزر لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روي ان النبي عم قال من اتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو ثبت فتأويله مستحل ذلك الفعل والذي يروى انه يذبح البهيمة وهو ما روي عن علي ابن ابي طالب رض انه اتي برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به كيلا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية لا انه واجب قوله ومن زنا في دار الحرب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا واقر عند الامام

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب هداية

ومن زنى بدار الحرب

بالزنا

فانه تشتد الشهوة

ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعدما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة هداية

اي احكام الاسلام — اي في دار الحرب والبغي — اي الزنا حال وقوع الفاحشة

بالزنا لا يقام عليه الحد وقال الشافعي رض يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ووجه التمسك به انه لم يرد به حقيقة عدم الاقامة لان كل احد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد به عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض لقوله تع فاجلدوا فلا يقبل اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا الطريق الذي رضوا وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو ان التخصيص بهما انما يقع بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الاية لموجود ويجوز ان يقول حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تع كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطئ الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه ما لم يكن زنا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله ولان المقصود هو الانزجار يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعري عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد موجبا لا يقام بعدما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب والضمير في قوله لانها لم تنعقد بتأويل الفاحشة قال الله تع ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة او بتأويل الوطئة وقوله ولو غزى ظ وقوله في معسكره اشارة الى انه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنا فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد و السرية قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا اربع مائة وقوله واذا دخل حربي دارنا بامان حاصل اختلاف اصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند

قوله اجيب بان مواضع الشبهة خصت الى قوله وفيه نظر اقول قوله خصت يعني بالاجماع كما ذكره الاكمل فيندفع نظره بذلك

قوله لتخصيص ما لم يكن زنا اقول فيه بحث فان المراد ما يتناوله ولا نزاع في الابعد الذي لا يجاب التخصيص

اي عدم الحد — اي وجوب الحد — اي اقامة الحد

ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل الحربي دارنا هداية

اي الى امير العسكر والسرية

واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رح وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف يحدون كلهم وهذا قوله الاخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته هداية

ابا حنيفة وهذا الشمول لا ينفي مغايرة احد الطرفين للاخر بكونه حربيا او ذميا او ذكرا او انثى وعند محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية واما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي ولا يحد الذمية الحربية وفي العكس لا يحدان وهو قول ابي يوسف اولا وقال اخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها له ان المستامن التزم احكامنا مدة اقامته في دارنا كما ان الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم احكامنا ينفذ عليه كالمسلم والذمي ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من احكامنا اجاب بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي ان لا يقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعتبر باعتقاد الاباحة هو ان يكون ذلك مباحا في دينهم وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاما حلهم ذلك ليست بدين وانما هو هوى وتعصب ولابي حنيفة ومحمد ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار ولان الانتصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما لم يدخل الا طامعا في الانصاف في الحول لا حمل على غيره يلتزم الانتصاف اي العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكانت داخلة في الانتصاف واما حد الزنا فمحض حق الشرع فلا يكون داخلا فيه فلما فرغ من الجواب على قول ابي يوسف شرع كل منهما في اثبات ما ذهب اليه فقال محمد الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة له على ما ياتي فامتناع الحد في حق الاصل فيما اذا زنى الحربي

ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا فحق الشرع ولمحمد وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع فلا يوجب الامتناع في حق الاصل هداية

نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان هداية

بذمية يوجب امتناعه في حق التبع والا لا يكون تبعا فكان خلفا واما الامتناع في حق التبع فيما اذا زنى الذمي بحربية فلا يوجب امتناعه في حق الاصل والا لكان مستتبعا وكان اصلا والفرض انه تبع وذلك خلف باطل نظير ذلك اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الاصل وتمكين البالغة من الصبي والمجنون فانه لا يجب الحد عليهما لان الامتناع في حق الاصل يستلزمه في حق التبع ولابي حنيفة ان فعل الحربي المستامن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مامنه بقوله تعالى ثم ابلغه مامنه واذا كان كذلك كان تمكين المراة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجوب المقتضي وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مامنه والمراد بالحرمات تلك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار يخاطبون بالعبادات من حيث الشرك تضعيفا للعذاب عليهم وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا انهم مخاطبون بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون بادائها وكيف السقوط من العبادات وقوله بخلاف الصبي والمجنون جواب عن تمسك محمد على ان سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك ان هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين

ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد واذا زنى الصبي
او المجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف
وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه
فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا
منهما مؤاخذ بفعله . هداية

من غير الزنا ليس زنا فلا يوجب الحد والزنا من المخاطب فعله زنا والتمكين
من الزنا زنا يوجب الحد ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة
تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد **قوله** واذا زنى الصبي والمجنون
صورة المسئلة ظ ووجه قول زفر والشافعي قال ح فيقاس احد اي بقياس الاخر قالا
العذر من جانبها كما في صورة الاجماع لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من
جانبه ويوضح الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع ان كلا منهما
مؤاخذ بفعله ودليلنا ظ مما ذكرنا انفا لمحمد فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه
من وجهين احدهما ان غير المحصن اذا زنا بالمحصنة يجب الرجم عليها ولم يجب
على الرجل فعدم الرجم على الاصل يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك
والثاني ان الصبي والمجنون اذا زنا بالمطاوعة ينبغي ان يجب المهر عليه لان
الوطي لا يخلو عن احد الموجبين اما الحد او المهر وقد اورد في الذخيرة انه لا يجب عليه
المهر فيهما اذا طاوعته المراة واجيب عن الاول بانه لا يلزم من احصان الزاني احصان
الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط اخر ويلزم من تحقق فعل الزنا منه
تحققه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب
مقام المسبب في حقها وعن الثاني بانا لو اوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته
لخلا الايجاب عن الفائدة لان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لانها
لما طاوعته صارت امرة للصبي بالزنا بها وقد لحقه بذلك غرم فيرجع الامر
الى المراة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة
او صبية فان المكرهة ليست بامرة والصبية لا يصح امرها لعدم ولايتها على
نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا اذ ليس لولي الصبي
ان يرجع عليها بمثل ذلك وقوله ومن اكرهه السلطان الى اخره وقوله

وان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمراة موطوءة ومزنيا بها الا انها
سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد
في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة
فلا يناط به الحد . هداية

ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رح يقول اولا يحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الالة
وذلك اية الطوع ثم رجع فقال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل محتمل لانه قد يكون من غير قصد كما في النائم فاورث شبهة
النفي بالمحتمل وان اكرهه غير السلطان فعليه الحد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد لان المانع الالجاء وخوف التلف ويتحقق ذلك
من غير السلطان ولابي حنيفة ان الاكراه من غير السلطان لا يتحقق لانعدام الدوام لوجود الدافع وهو السلطان فيفضي ولان
الخوف من السلطان يتحقق لغيره فلم يبق
كرها قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لانه
لم يكن في زمنه لغير السلطان من القوة
ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت
القوة لكل متغلب وزماننا كذلك فيصلح
شبهة لاسقاط الحد ومن اقر اربع مرات
في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي
تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها
فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح
يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث
شبهة واذا سقط الحد يجب المهر تعظيما
لخطر البضع . هداية

وعليه المهر في ذلك فعنى في كليهما الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواها النكاح
فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح اجيب
بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد
عنه في هذا الوطي لانه في دعواه اما ان يكون مصدقا او مكذبا فان كان
الاول يثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة
والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوطه
يستلزم وجوب المهر لان الوطي لا يخلو عن غرامة او عقوبة واذا تحقق الملزوم
بدون اختيار ما تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته وقوله
ومن زنا بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة انما وضع المسئلة في الجارية
وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية
فانه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة بلا ان شبهة عدم
وجوب الحد عند اداء الضمان انما ترد في حق الجارية لا في حق الحرة لان الامة
تصلح ان تكون ملكا للزاني عند اداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان في ملك
شخص واحد كما اذا زنا بها فاذهب عينها وهو في وجه قول ابي يوسف في هذه المسئلة
وقوله وهو على هذا الخلاف اي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على
هذا الاختلاف عند ابي حنيفة ومحمد يحد خلافا لابي يوسف فكان رد المختلف
الى المختلف لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن
فيه ولهما ان الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم
والدم مما لا يملك ويمكن ان يوجه هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت
والميت ليس بمحل للملك وقوله ولو كان يوجبه يعني سلمنا ان ضمان القتل
يوجب الملك لكن انما يوجبه في العين كما ذكر ثم في هبة المسروق لا في منافع البضع

ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي
يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف واعتراض
سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان
دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى

وهذا الخلاف فيما اذا زنى بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك فيها بالقيمة يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورثت شبهة قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف فقالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود

لانها استوفيت وتلاشت فلم يكن قابلة لتملك حال الضمان ولا مستندة لان المستند لا يظهر في المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قبل فلم يكن الملك ثابتا بطريق التبيين لما اشترط الوجود كما في المبيع دلائي باب الحدود واجيب بان التبيين انما يكون فيما يمكن الاطلاع عليه بشرط الوصول اليه حال وصل الحكم بثبوته والا فلا كما في المبيع وليس مما نحن فيه وقوله وهذا الخلاف فيما اذا زنى بها حواب لصورة يمكن ان يستشهد بها ابو يوسف كما قدمناه وتقريره ان الزاني بالعمياء يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي عين موجودة فيورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على اصل الجواب دون التنزل فان لقائل ان يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى اعني المنافع لكونها معدومة وما اذا نوقش الاصل الجواب وهو قوله انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم وهو ليس بعين يملك فانه صحيح ويجوز ان يقال بالنظر الى التنزل ايضا بان الملك وان كان ثابتا فيه ايضا لكن فيه شبهة العدم فيكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف اشارة الى هذا اصلا وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام وفسره ابو الليث بالخليفة فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره قال صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة وعد منها اقامة الحدود وكلامه واضح واما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب ان لا يحد المستأمن اذا قذف كما لو زنا وقد تقدم انه يحد لانه حق العبد والجواب ان القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحد ان يكون حق العبد لامكان

ثابتا ضمان

قال المصنف فاورثت شبهة اقول اي شبهة كون منافع البضع في حكم دل مافي محل الاجزاء من الملك ايضا شبهة فان ثبت في المنافع شبهة الشبهة ولا اعتبار لها

قوله واما حد القذف فالمغلب فيه اي قول المصنف في بابه حد القذف

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع

الاستيفاء وما يليق بالامام ان يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه والله اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا ان ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لا غير وهما الشهادة والاقرار واخر الشهادة هنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل في السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة برؤية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكتاب ثم في غاية الندرة قوله واذا شهد الشهود بحد متقادم بعيد بينهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة واما دليل الجامع الصغير لاشتماله على زيادة الضمان في تعدد ما يوجب الحد حرحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة المحل الذي يستفاد منه بعض المشايخ قدرسة اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود ايضا حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخير بين حسبتين اي بين مطلوبين له بقال احتسبت بكذا اجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب قوله بخلاف حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا ان قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم ان الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله ولان الحكم يدار جواب آخر وتقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود التي هي حق الله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه

قوله جواب عما يقال الدعوى شرط اقول والاوضح ان يوجه السؤال بانه لو صح ما ذكرتم لزم ان لا يمنع الشهادة بالسرقة المتقادمة

بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرط للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد هدايه

ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه فبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة رح لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رح انه قدره

هداية

فبدار الحكم على كون الحد حقا لله تعالى سوا، وجد ذلك المعنى في كل فرد او لا كما ادير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من افراده وقوله ولان السرقة جواب اخر ودليله ان السرقة تقام على الاستسرار ثم توجد في ظلم الليالي غالبا على غفلة من المالك فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهود حتى يستشهد بالشاهد فيجب على الشاهد اعلامه فاذا كتمه صار آثما وقوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة الخ وقوله لان الامضاء اي الاستيفاء من القضاء لان المقصود من القضاء في حقوق العباد انما هو الاعلام لمن له القضاء او التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه على الاستيفاء واما الله تعالى فمستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين كما ذكرنا وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة لم يقدر في ذلك نقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة ان يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة ذكره في المجرد قال ابو حنيفة لو سأل القاضي متى زنى بها فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر درئ الحد قال الناطفي فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد اصله مسئلة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وقوله وهو الاصح يعني تقدير التقادم بشهر وقوله وهذا اي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر

قوله فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء اقول وذكر في فوائد الظهيرية والنكتة فيه ان القضاء [illegible]

وعن محمد رح انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام ولا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رح وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتيك في بابه ان شاء الله تعالى

هداية

واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امرأته او امته

هداية

اما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة قوله واذا شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى لانها لا تصح على الغائب وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لانه شبهة الشبهة والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب اقامة الحدود وبيان ذلك انها لو كانت حاضرة وادعت النكاح يسقط الحد كما ان بشبهة الصدق مع احتمال الكذب واذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان احد اولياء القصاص غائبا فانه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يحضر الغائب فيقر بالعفو لانه لو حضر واقر به يسقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة فاذا كان غائبا يثبت شبهة العفو لا شبهة شبهة وان شهدوا انه زنا بامرأة لم يعرفوها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر لان الظاهر من حال المسلم ان لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وامته وبين غيرهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان اقر بذلك اي بانه زنا بامرأة لا يعرفها حد لانه لا يخفى عليه امرأته او امته وان شهد اثنان انه زنا بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما اي لاتفاق الفريقين على الموجب للحد وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها فان الموجب لم يتحقق لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما فيه وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطي الصغيرة المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة

وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما

وله هداية

وله أنه اختلف المشهود عليه لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك
هداية

أن المشهود به قد اختلف لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين لأن الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واختلافهما متعذر مكان كل واحد منهما بخلاف الآخر واختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله ولأن شاهدي الطواعية دليل آخر وتقريره لأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم وإذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي إقامة حد القذف على شاهدي الطواعية ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الإكراه وقوله وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة ظ وقوله خلافا لزفر فإنه يقول يحدون لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فإنهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد يريد شبهة اتحاد المشهود به وتقريره أن الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لأنهم شهدوا ولهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرا إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبتت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد قيل والحاصل أن الشهادة من وجه دون وجه فبالنظر إلى الأول لم يحد الشهود وبالنظر إلى الثاني لم يحد المشهود عليه وقوله وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ظاهر ولا يقال في ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها لأن هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن ثم إذا قبلت

وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا إلى اتحاد الصورة والمرأة وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية
هداية

وهذا استحسان والقياس أن لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق
هداية

كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فإن قيل فإن كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسألة الإكراه والطواعية على مذهب أبي حنيفة رح بأن يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن إكراه وانتهاؤه عن طوع أجيب بأن كل ما ذكر في مسألة الإكراه والطواعية لا يتفاوت بين أن يكون إكراها من أوله إلى آخره وبين أن يكون أوله إكراها وآخره طوعا لأن الإكراه يسقط الحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوله إلى آخره ~~وبين أن يكون~~ إكراها أو أوله إكراها وآخره طوعا فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا قوله وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والباء المفتوحة والجيم تصحيف لأنها اسم حي من العرب ودير هند لا يساعد عليه لأنه أيضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله فلاحتمال صدق كل فريق يعني أن احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف وقوله درئ الحد عنها وعنهم لوجهه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في إسقاط الحد فيسقط عنها وأما عنهم فلأنه تكامل نصاب الشهادة وإنما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن في إثبات الحدود وقوله فإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان ظ وقوله لأن الزنا يثبت بالأداء أي يظهر عند الإمام بأداء الشهود الشهادة ولا أداء للعبيد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانعكست شهادتهم قذفا لأنهم نسبوهما إلى الزنا ولم يكن نسبتهما إلى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة وقوله لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل يعني بالنص قال الله تعالى إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا أمر بالتثبت دليل على أن الفاسق

وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنها وعنهم لأن الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسألة أن النساء نظرن إليها فقلن إنها بكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليست بحجة في إيجابه فلهذا سقط الحد عنها ولم يجب عليهم وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فإنهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لأنه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل التحمل والأداء فلم يثبت شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء وإن شهدوا وهم فساق لم يحدوا
هداية

فان قيل الاولون فيشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا فمعناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا للايجاب

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة هداية

زيادة فيه نقصان وقوله اذ هم قائمون مقامهم اي الفروع مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك لان الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل شهادة الاصول ففي الموضع الذي ترد شهادة الفروع يتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله ولا يحد الشهود يعني الاصول والفروع لان عددهم متكامل والاهلية موجودة وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهو شبهة عدم التحميل في الفروع وشبهة الرد في الاصول وهي كافية للدرء لا للايجاب لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا هذه الفروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح قوله لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت يعني لان حد القذف لا يورث وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وذلك اي الرجم يسقط الاحصان فلا اقل من ايراث الشبهة والحد يبطل بها ولنا ان الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع عنها لانها تنفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحسبة جميعا فيجعل الحال قذفا للميت ولا انقلب قذفا فقد انفسخت حجيتها انفسخ ما ينبني عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضي فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن فيه تقوله في حقه لانه زعم ان شهادته ليست بحجة وزعمه نافذ في حقه معتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه لان قضاء القاضي في زعمه صحيح منفذ فكان قذفه واقعا في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف وللقائل ان يقول القضاء لو كان قائما في زعمه لما وجب الحد لا محالة فاذا كان قائما في زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد اي يسقط واعترض ايضا بان احد الشهود

واذا انفسخت حجيتها

وقال زفر رح لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه هداية

وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رضي معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم وصار كالرجم والقصاص هداية

من اهل الاداء لانه لو لم يكن اهلا لما امر بالتثبت الا ترى ان العبد اذا شهد لا يؤمر بالرد ولا بالتثبت وذكر الامام قاضي خان ان الشهود ثلثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بها وان نقص عدد الشهود من اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسبتين اقامة الحد وهو ما يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة اداء الشهادة الى نقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم يوجد الحسبة بقيت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة وقوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا ظ وقوله وعندهما يضمنون يعني ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وقوله وصار كالرجم والقصاص يعني اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه ابي حنيفة ظ وقوله والصحيح يعني في الصحيح من الرواية وذكر في مبسوط فخر الاسلام وقيل قال قائل يجب الضمان على الجلاد وقيل وجه لانه ليس بمأمور بهذا الوجه لانه امر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان وذكر في الايضاح في هذه المسئلة لابي حنيفة وجهان وهو ان الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والايجاد الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله لما فيها من زيادة الشبهة معناه لما فيها من شبهة زيادة على الاصل لم يكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنة تمكن فيه

ولابي حنيفة رح ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها هداية

فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رح حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا فيحدون

هداية

لو ظهر عبدا بعد الرجم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر احدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذلك الا لان القذف انما يثبت بالشهادة وقت الشهادة كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف

واجيب بان احدهم اذا ظهر عبدا علم ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحد وان كان رجما فقذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد وقوله فان لم يحد المشهود عليه ظ وقوله ولنا ان كلامهم قذف في الاصل يعني لكونه جرحا فيه لكن سلبت عنه ذلك اذا صار شهادة وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قاذفا وهذا ايضا نقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال انها قذف وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ويمكن ان يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول من يقول ان فيه قولا اهي بها مواخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تع ولا تزر وازرة وزر اخرى لان الكل قذفة بعد عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مواخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله وان كانوا خمسة فرجع احدهم يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك وقوله فلما ذكرنا اشارة الى ما قال من قبل ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا الخ ومعناه يحد الاربعة جميعا لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان قال فقيل الاول حين ما رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان

فان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شيء عليهم لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف

هداية

وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح معناه اذا رجعوا عن التزكية وقالا هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط

هداية

فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه الحد

اجيب بان الحد لم يجب لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقدم لا بزوال المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بانهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو بقي اصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا التزكية هي ان يقول المزكي ادامه وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود مجوسا او عبيدا فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد هو اي الضمان على بيت المال وانما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا ان يكون الرجوع بان يقولوا اخطانا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال قيل هذا اذا قالوا يعني لو قالوا اخطانا لا يوجب الضمان بالاتفاق قالا المزكون ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا فكان كما اذا اثنوا على المشهود خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان الا ان اولئك اثنوا خيرا بالحمية في الزاني وهولاء اثنوا خيرا بالحمية في الشهود فلما لا ضمان على اولئك فكذلك على هولاء وقوله وله ان الشهادة ظ وقوله وهذا يعني وجوب الضمان على قول ابي حنيفة وقوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب ان القضاء لما ظهر خطاؤه بتبين انهم كانوا عبيدا صار كأن لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة قال

ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا فلا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه

هداية

اما اذا قالوا اخطانا لا يجب الضمان

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ولأنه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربيا وعليه علامتهم ويجب الدية في ماله لأنه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب في ثلث

قال قيل فعلام لا يحد الشهود قلت لأنهم قذفوا حيا ثم مات فلا
يورث عنه وإليه الإشارة في الكتاب لا يقال لم يجعل قذفا للميت
للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة ولم يوجد
قال قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا أو مجوسا علة للانقلاب كالرجوع
فالجواب أن الانقلاب بصيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة
وقوله وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل يعني أن القضاء
وجد صورة وصورة قضاء القاضي تكفي لإيراث الشبهة لأنه لو كان
حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة
في إسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولي إذا جاء المشهود بقتله حيا
وقوله وإن رجم على بناء الفاعل أي الرجل الذي ضرب عنقه لم يحز به و
إنما رجمه ثم وجد أي الشهود عبيدا فالدية على بيت المال لأنه امتثل
أمر الإمام فنقل فعله أي فعل الراجم إلى الإمام ولو باشره الإمام بنفسه
وجبت الدية في بيت المال كما ذكرنا أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي و
هو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا ههنا بخلاف ما إذا ضرب
عنقه لأنه لم يأتمر أمره لأنه أمره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله
إليه وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر إلى موضع الزنا
من الزانيين قبلت شهادتهم لما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي الجامع
الصغير لشمس الأئمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لإقرارهم بالفسق
على أنفسهم فإن النظر إلى عورة الغير قصدا فسوق وإنما تقبل شهادتهم
إذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا
ولكنا نقول النظر إلى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فإن الختان

وإن رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال كما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره وإن شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة

هداية

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال وزفر يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا

هداية

نظر والقابلة تنظر والنساء ينظرون لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة إلى
ذلك ما لم يروا كالمرود في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا وقوله
والإحصان يثبت بمثله أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة ألا ترى
أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي
هو من شروط الإحصان بالحكم بثبات النسب وقوله خلافا لزفر والشافعي
الشافعي مر على أصله وزفر جعل الإحصان شرطا في معنى العلة لأن الجناية
تتغلظ فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة ويترتب على ذلك أمران
أحدهما ما ذكره في الكتاب أن شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني أن شهود
الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيأتي لأن شهود العلة
يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله فصار كما إذا شهد ذميان على
ذمي أي يعني أن الزاني لو كان مملوكا لذمي وهو مسلم فشهد ذميان أن مولاه
الذمي أعتقه قبل الزنا لم يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة
لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة
فهذا مثله وقوله لما ذكرنا يعني أن الإحصان شرط في معنى العلة ولنا أن
الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل
وبعضها فرض عليه كالإسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول
بالمنكوحة والحال أنها مانع عن الزنا على ما ذكرنا قبل باب الوطء الذي يوجب الحد
فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة
وصار كما إذا شهدوا به أي بالنكاح في غير هذه الحالة يعني لو شهد رجل و
امرأتان أن فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم
فكذلك ههنا بخلاف ما ذكره زفر من شهادة الذميين على ذمي أنه أعتق عبده

ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة وأنها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكره لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه يتضرر به المسلم أو ينكره المسلم فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم والله أعلم بالصواب

هداية

باب حد الشرب ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك إذا أقر وريحها موجودة لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والأصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه
هداية

قبل الزنا لأن العتق هناك يثبت أيضاً بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق
التاريخ لأنه تاريخ ينكره المسلم أو يتضرر به من حيث إقامة العقوبة الكاملة
عليه وما ينكره المسلم أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الذمة فلو قلنا بجواز
هذه الشهادة كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله فإن رجع
شهود الإحصان لا يضمنون لأن الأمر بين المذهبين مبني على الأصل الذي ذكرناه من قبل

باب حد الشرب

إنما أخر حد الشرب عن حد الزنا
لأن جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فإنه بمنزلة قتل النفس فإن الله تعالى
قرنه بعبادة الأصنام وقتل النفس قال الله تعالى والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر
ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل في دين من
الأديان وأخر حد القذف عن حد الشرب لأن جريمة الشارب متيقن بها
بخلاف جريمة القاذف فإن القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب و
لهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف
لجواز أن يكون صادقاً في نسبته إلى الزنا فلا يكون قذفاً ومن شرب الخمر فأخذ
وريحها موجودة أو جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه أي على الشارب بذلك
أي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك أو شهدوا على شرب
الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد وظاهره يقتضي أن لا يشترط الرائحة بعد
ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود
الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء
ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالإقرار والأصل فيه أي في وجوب الحد قوله عليه السلام
من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه قيل تمام الحديث فإن عاد
فاقتلوه وهو متروك العمل به فليكن الباقي كذلك وأجيب بأن ترك العمل بذلك
بالنسخ

٢١٩

وإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح يحد وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها لم يحد
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه يقدر بالزمان عنده اعتباراً بحد
الزنا وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت
لهم لا بل أكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فيه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه
ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على القرب
وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر
اعتباره
هداية

لمعارض وهو قوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث وليس
شرب الخمر منها فبقي الباقي معمولاً به لعدم المعارض وقوله وإن أقر بعد ذهاب
رائحتها واضح وقوله غير أنه مقدر بالزمان عندنا أي عند محمد وهو الشهر
اعتباراً بحد الزنا وقوله وهذا أي تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة لأن
التأخير يتحقق بمضي الزمان فلا بد من تقدير زمان وأما أن ذلك ستة أشهر أو شهر
واحد فيعلم في موضع آخر وأما عدم اعتبار الرائحة فلأنها محتملة أن يكون
من غيرها كما قيل يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا
وهذه الرواية وهي رواية المطرزي بكلمة قد والقدوري بدونها وهي رواية
الفقهاء فعلى الأول تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية تحرك
بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر وعندهما يقدر بزوال
الرائحة لقول ابن مسعود رض فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولأن المعتبر
في ذلك القرب وقيام الأثر وهو الرائحة من أقوى الدلائل على القرب وقوله
وإنما يصار إلى التقدير بالزمان جواب عن اعتبار الزمان أي إنما يصار إلى التقدير
بالزمان عند تعذر اعتبار الأثر وقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل
جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيرها وهذا بالنسبة إلى الإثبات بالبينة
وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رح كما في حد الزنا على ما مر تقريره أن
الإقرار لا يكون متهماً بالنسبة إلى نفسه وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام
الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رض
وقد شرط قيام الرائحة على ما رويناه يعني قوله فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه
وفيه نظر لأن الإجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود رض
ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود رض وهو قيام الرائحة

والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وإنما تشتبه على الجهال وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر
تقريره وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رض
وقد شرط قيام الرائحة على ما رويناه
هداية

فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حُدّ
في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حُدّ لما روى
ان عمر رض اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ ونبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تع
ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار

اجمع عليه الصاحبان وايضا كلام ابن مسعود رض شرطية والشرطية تفيد الوجود
عند الوجود لا غير وجواب فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس مفهوم الشرط
بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا اولا وايضا ذكر في اول الباب انه ثابت
بقوله عم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا انه ثابت باجماع الصحابة وهما
متنافيان وايضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عم من شرب الخمر
فاجلدوه وقوله وريحها توجد منه ط قال ومن سكر من النبيذ النبيذ
يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ
فالنقيع ان ينقع الزبيب في الماء ويترك اياما حتى تخرج حلاوته الى الماء
ثم يطبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد
يحرم واما النبيذ فهو الذي من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام
حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة وابي يوسف الآخر
يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي لا يحل وما يتخذ من التمر ثلاثة
السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ وهو ماء التمر اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه
في قولهم ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفة وابي يوسف
يحل شربه للتداوي والتقوي الا القدح المسكر وقال محمد والشافعي لا يحل
واختلفوا في وجوب الحد وسيجيء بيانه في الاشربة واما الكلام في حد السكر
ومقدار حده فسنذكر ان شاء الله تع وقوله ولا حد على من وجد منه
رائحة الخمر او تقيأها يعني اذا لم يشاهد منه الشرب لان الرائحة محتملة
فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح
ممكن للمستدل اجيب بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال
والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء او التمييز ممكن لمن عاين

الشرب

ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج
ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر
والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن
محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون
سوطا لان الرق منصف على ما عرف

الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه واقول والجواب الثاني احسن لاشتماله على
تقرير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب
والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز ان يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب
محمد وقوله وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار على قولهما ولا يحد السكران
حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد
كالبنج ولبن الرماك والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب ظاهر رواية
الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب
كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة
حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع انه ماكول لا من المشروب او كذا ذكره
صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على ان
السكر الحاصل من البنج حرام وكلام المصنف يدل على ان البنج مباح ولا تنافي
بينهما وحد الخمر وحد السكر من غير الخمر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة تفرق
على بدنه كما في حد الزنا على ما مر فيه انه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس
والفرج ثم يجرد عن ثيابه في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد عن ثيابه اظهارا
للتخفيف لانه لم يرد به نص اي بالحد نص قاطع او بالتجريد نص ووجه المشهور
انا اظهرنا التخفيف مرة يعني من حيث العدد حيث لم يجعله مائة كما في الزنا فلا
يعتبر ثانيا وفيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف
في المقدرات الشرعية والثاني ان النبي عم نص تغليظ لا تخفيف لانه روي انهم
ضربوا في زمن النبي عم بالاكمام وبالايدي وغير ذلك ثم جلد ابو بكر اربعين
ثم جلد عمر ثمانين رضي الله عنهم فالتقدير بعد ذلك يكون تغليظ لا تخفيف والجواب
ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام على لسان المجتهدين والتخفيف انما هو

ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت
بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك
ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد
هداية

باعتبار ان الله تعالى جاز له ان يعتبر حد الخمر ما يتر حد الزنا اذ هو الفاعل
المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيف منه وانما جعله الصحابة رض
معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدر والتي واتى اظهر والتخفيف
الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه اشار بقوله ظهر التخفيف لله
در لطائفه وقوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر معناه وهو عصير
الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب اسكر لشبهه ويثبت الشرب
بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا قول ابا حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين
اعتبارا لعدد الاقرار بعدد الشهود وهو نظير الاختلاف في السرقة
وسنبينها ان شاء الله تعالى قال ولا يقبل فيه شهادة النساء
مع الرجال لا يقبل شهادة النساء مع الرجال في حد الشرب لان فيها شبهة البدلية
وتهمة الضلال والنسيان يشير الى ذلك قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل و
امرأتان الاية وقوله تعالى ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى وانما قال شبهة
البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في المواضع التي جازت
شهادتهن تجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف ساير الابدال
ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل
منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة هذا لفظ الجامع الصغير وليس
فيه بيان الخلاف قال المص وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي
ويختلط كلامه اي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما
فليس بسكران لانه السكران في العرف واليه اي الى قولهما مال اكثر المشايخ
وعن ابي الوليد قال سألت ابا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد

والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال رض وهذا عند ابي حنيفة
وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله
هداية

وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه
التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه
بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت
لتفاوت الاشخاص فلا معنى لاعتباره
هداية

قال ان لا يستوعب ... باباها الكافرون ولا يقدر فقلت له كيف عرفت
هذه السورة وربما اخطأ فيه الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع
فيها فلم يستطع قراءتها وحكى ان ائمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة
ولابي حنيفة ان الحدود يؤخذ في اسبابها باقصاها درءا للحد ونهاية السكر
يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى
عن شبهة الصحو يعني انه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله
مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم
والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا وافقهما في السكر الذي يحرم عنده القدح
المسكر المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرئ
بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله والمعتبر
في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط لانه لما اخذ
حرمة القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده ليمتنع عنه فلما امتنع
عنه وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله ابو حنيفة
وقوله وهذا اي ظهور الاثر في مشيته مما يختلف فان السكران ربما لا
يتمايل في مشيته والصاحي ربما تزلق او يعثر في مشيته فيرى التمايل منه
فلا يكون دليلا وقوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه يعني في الحدود التي هي خالصة
لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار فيه يحتمل الكذب فاذا صدر
من سكران ازداد احتماله فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف
حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه عرف ذلك
باجماع الصحابة رض فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد
المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه

ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى
بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في ساير تصرفاته
هداية

ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله اعلم

باب حد القذف

واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الاية هداية

حد القذف حق للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره ولو ارتد السكران لا تبين منه امراته لما ذكر ان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وروي ان عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعى بعض الصحابة فاكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فامهم في صلاة المغرب عبد الرحمن او غيره وقرا سورة الكافرون بطرح اللاءات مع ان الاعتقاد ما كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القاري فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا الخالي عن الشبهة الذي لو اقام القاذف عليه اربعة من الشهود او اقر به المقذوف لزمه حد الزنا وطالب المقذوف بالحد وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الاية والمراد بقوله والذين يرمون الرمي بالزنا بالاجماع واليه الاشارة في النص لانه شرط اربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك فان القياس ان لا تجب المطالبة لان حق الله فيه غالب والمغلوب في مقابلته كالمستهلك ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه حد والجواب انه قذفه بصريح الزنا ووجد الشروط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة واما انه اذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زاني فقال الآخر صدقت لا لاخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح

والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا هداية

قال ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا هداية

اشتراط مطالبته احتيالا للدرء وابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه وقوله ويفرق يعني الضرب على اعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه متحقق بالبينة او الاقرار وهما بعد ثبوت القذف بالبينة او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة الى الزنا وهو غير متحقق به وقوله غير انه ينزع عنه الحشو استثناء من قوله ولا يجرد وقوله لان ذلك يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله وان كان القاذف عبدا ظاهر وقوله والاحصان بيان شروطه وقوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون زنى في حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقة واجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يوجب عليه الحد عليه ولم يوجد منهما واما الوطء الذي هو مملوك فقد تحقق منهما والنظر الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف رجلا وطئ بشبهة او وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره وقوله والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن نوزه الله تعالى اوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية والكافر ليس بمحصن لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك يحد ان كانت امه حرة مسلمة

اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا هداية

وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره
ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند
الغضب يراد به حقيقته سبابا وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة ولو قال

لانه في الحقيقة قذف امه لانه نفى النسب والنسب انما ينفى عن الزاني لا عن
غيره ونوقض الاول في المسئلة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين ونسبه من
الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه
وفي ذلك قذف لامه لا محالة فقيل يشترط ان يكون في حالة الغضب في هذه
المسئلة كالتي بعدها وقيل يجب ان لا يجب الحد فيهما وان كان قذفه في حالة
الغضب لجواز ان ينفي النسب عن ابيه من غير ان يكون الام زانية من كل وجه
بان يكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطي واجيب بان ما ذكرته وجه
القياس في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال في المبسوط
وانما تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال لا حد الا في قذف محصنة او
نفي رجل من ابيه ومن قال لغيره في غضب الى اخره ط وطولب بالفرق بين
هذه وبين قوله في حالة الغضب او غيره لست بابن فلان ولا ابن فلانة
وهي امه التي يدعى لها حيث لا يكون قاذفا مع ان القذف يزداد بهذا اللفظ و
اجيب بان قوله ولا ابن فلانة نفي عن امه وانما ينفى عنها بانتفاء الولادة
فكان نفيا للولادة ونفي الولادة نفي الوطي ونفي الوطي نفي الزنا بخلاف ما
اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الولد وولادة الولد ثابتة من امه فصار كانه
قال له انت ولد الزنا قوله ولو قال له يا ابن الزانية ولو قال لرجل
يا ابن الزانية وامه محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف
محصنة بعد موتها بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط ولا يطالب
بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد يعني
الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية
من الفقيه ابي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي ونقل غيره من الشارحين

ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو
قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب
بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون
القذف متناولا له معنى
وعند الشافعي

وعند الشافعي رح يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين ان شاء الله تعالى
وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل
ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رح ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رح ولو
كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر
والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر رح

من شرح الجامع الصغير لان العار يلحق به اي بكل واحد من الوالد والولد
لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح
لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد ان ياخذ بحده
اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن
بينه وبينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع الياس
من الاصل وانما يقع الياس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله
وعند الشافعي ظ وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان العار يلتحق به قوله
كما يثبت لولد الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد فانه روى عنه ان حق
المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه
الشين بزنا ابي امه وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين و
يصير الولد به كريم الطرفين ويثبت لولد الولد حال قيام الولد وقال
زفر رح ليس لولد الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي
يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد
كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة
فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه
من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في
حق الولد فايهما قام بقيام الحد بخصومته بخلاف المقذوف فان حق
الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودا وذلك لا يوجد
في حق ولده بخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله عم الانكاح
الى العصبات وفي الحكم المرتب على العصوبة يتقدم الاقرب على الابعد
واذا كان المقذوف محصنا وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد ان

خلافاً لزفر وهو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه للارث عندنا فصار كما اذا كان متناولاً له صورة ومعنى ولنا انه عيّره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهليته الاستحقاق

بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا
هداية

يطالب بالحد خلافاً لزفر هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس بطريق الارث عندنا لان حد القذف لا يورث فصار كما اذا تناوله صورة ومعنى فرجوع العار اليه ولو كان معنى ولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس بطريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث ايضا لم يكن له ان يخاصم لان المانع من الارث موجود وهو الكفر او الرق وقيل تحرير هذا الكلام ان الحد اما ان يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه ام المقذوف او لقذفه نفس هذا الابن الكافر ولا جائز ان يكون لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى ولنا انه عيّره بقذف محصن وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عيّر بقذف محصن جاز ان يأخذه بالحد لانه تعيير على الكمال فيقتضي زاجرا واشار المص الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده فجاز له ان يأخذ بالحد فان قيل جاز ان يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضي اجاب المص بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق اي استحقاق اهلية الخصومة لان الاستحقاق باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في ولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه فانه لا يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا قوله قال وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه او جده وان علا بقذف امه وجدته وان علت بقذف نفسه لان المولى لا يعاقب بسبب عبده فالاصل لا يقاد

وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده

الوالد

ولو كان لها
هداية

ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعدما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا
هداية

الوالد لولده ولا السيد لعبده فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله تع وسببه وهو القذف غير متيقن لجواز ان يكون صادقا فيما نسب اليه اولى قوله ولو كان لها ابن من غيره واضح وقوله وبكل ذلك تشهد الاحكام اما الاحكام التي تدل على انه حق العبد فهو انه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يبطل فيه الرجوع عن الاقرار وكذا لا يستوفى الا بخصومة وانما يستوفى بخصومته ما هو حقه بخلاف السرقة فان الخصومة هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد بمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستأمن وانما يؤخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لانه يخاف الفوت والله تع لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف واما الاحكام التي تشهد على انه حق الله تع فهي ان الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا في استيفاء حق الله تع واما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا تحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط وقوله الا ان الغالب من الحق اي قيل فيه نظر لانه يلزم ان لا يكون حق العبد غالبا اذا اجتمع الحقان اصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب واعترض بان من الاحكام ما ينافي الحقين جميعا وهو انه يسقط بموت المقذوف وشيء من الحقين لا يسقط به واجيب

واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وعن اصحابنا
هداية

ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وتخرج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه
لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال لعربي يا نبطي
لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء
ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخاوته وان نسبه

بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فان
الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق فيه الخصومة بعد موته وقوله
ومن اصحابنا من قال يريد به صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكر في مبسوطه والصحيح
ان المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رح لان اكثر الاحكام تدل عليه و
المعقول يشهد له لما ذكرنا ان العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في
الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص الا انه فوض اقامته الى الامام
لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد وقوله وتخرج الاحكام اي اجاب
عن الاحكام الذي تدل على انه حق الله تعالى بجواب يوافق المذهب فقال في
التفويض الى الامام ما ذكرنا ان كل احد لا يهتدي الى اقامة الجلد وقال في عدم
الارث ان عدم الارث لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة وخيار الشرط
لان الارث يجري في الاعيان واجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى
ملك العين لانه تملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الدليل
فان الانسان لا يملك شراء الطعام الا للاتلاف وهو الاصل فصار من
عليه القصاص كالمملوك في حق القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق
استيفاء القصاص وقوله والاول وهو ان الغالب فيه حق الله تعالى اظهر
قال في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله تعالى فيه ولان عامة احكامه عليه
فكان الاخذ بقول عامة العلماء اظهر والثاني اظهر وقوله ومن اقر بالقذف
من الاحكام التي تشهد بكونه حق العبد وقوله ومن قال لعربي يا نبطي ظ
والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رض عن رجل
قال لقرشي يا نبطي فقال لا حد عليه وقوله لما قلنا يعني قوله لانه يراد به التشبيه
الخ وقوله لان ماء السماء لقب به اي بهذا اللفظ وما اسمه هو لقب

ولو نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا الاول لقوله تعالى وآله آبائك
ابراهيم واسمعيل واسحق واسماعيل كان عمه والثاني لقوله عم الخال اب والثالث للتربية

ومن قال

ومن قال لغيره زنات في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد
لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زناء في الجبل وذكر الجبل يقرره
مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب
والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنات وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان
مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال

ابن الم تقيا والم تقيا هو عمرو بن عامر فلقب بالم تقيا لانه كان يمزق
كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويأنف ان يلبسهما غيره و
ابوه عامر بن حارثة الازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان
يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا وقوله واسمعيل كان عما له اي ليعقوب
قال اسمعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب بن اسحق فكان اسمعيل عما له
وادخلوه تحت الآباء فدل على ان العم يسمى ابا قال ومن قال لغيره زنات
في الجبل ومن قال لغيره زنات في الجبل بالهمزة وقال عنيت صعود الجبل
حد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا حد لان المهموز منه للصعود
حقيقة واستشهد المص رح بقول الشاعر وارق الى الخيرات زناء في الجبل
وقال وذكر الجبل اي يقرر الصعود مرادا تاكيدا لكون المهموز للصعود حقيقة
وقوله ولهما انه يستعمل الخ واضح وقيل كلام يشير الى ان المهموز مشترك بين
الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب تعين المحتملين عندهما
وعند محمد رح انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة ومن يرجح قوله
لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالحمل على ما يرجح
على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان باب الحد يحتال للدرء وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله للمعنى الذي اشاره
الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا ومن قال لآخر
يا زاني ظ واعترض على قوله لان الخبر المذكور في الاول مذكور في الثاني بان المراد
بالاول هو قوله ما زنيت وما مر فيه اصلا والجواب ان المراد بالخبر الخ
وح يستقيم الكلام لان الخبر حق فيجوز ان يستعار للاخر ومن قال
لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت على ما ذكره في الكتاب ظ وقوله لان

ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي قلناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان
معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا فيه ومن قال لامرأته
يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان فقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداءة بالحد

وفي السراج أنه بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيجب الحد اذ التعان
في معنى الحد ولو قال زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما
لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي
ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان
دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلناه ومن اقر هداية

المحدود في القذف ليس باهل اللعان دليل على ان اهلية اللعان يعتمد
اهلية الشهادة واقامة حد القذف تبطل اهلية شهادة المحدود في القذف
وقوله ولا ابطال في عكسه اصلا يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف
عن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما غاية ما في الباب
ان اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون
عفيفا عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتمالا لقذفها للعان الذي
هو بمعنى الحد وقوله ولو قال زنيت بك يعني في جواب قوله يا زانية
وقوله وانعدامه اي انعدام التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها
ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح واعترض عليه بان الوطء بعد
النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا واجيب بان الزنا يطلق على ذلك
بطريق المشاكلة كما في قوله بل يداه مبسوطتان فحملها على ذلك التركيب
فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة عليه وعلى هذا الاعتبار لا تكون
مصدقة لزوجها فيجب اللعان ولا يجب الحد على المرأة ففي حال لا يجب الحد
عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان
فوقع الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان وقوله لانه اي اللعان
حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الآية واذا بطل التكاذب باكذاب الرجل نفسه
فصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين اي الذي اقر ثم نفى وعكسه
وقوله لاقراره به سابقا او لاحقا لاقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فيما
اذا اقر ثم نفى او لاحقا فيما اذا نفاه ثم اقر به وقوله واللعان يصح بدون
قطع النسب جواب عما قال ان سبب اللعان ههنا هو نفي الولد فلما لم

ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد
لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل
التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح
بدون الولد
بدون الولد وان قال هداية

وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها
اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام
امارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امرأة لاعنت بغير
ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا ومن وطئ وطئا هداية

ينتفي الولد وحينئذ لا يجري اللعان بينهما لان بطلان المتضمن يقتضي
بطلان المتضمن وتوضيحه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر
كل واحد منهما اي من نسبة الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا عن الآخر
فصار كانه نسبها الى الزنا من غير نفي الولد بان قال يا زانية وفيه اللعان
فكذا ههنا الا يرى انه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا
فيه ثم قال ليس بابني فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف
الولد لانه صار بمنزلة قوله يا زانية وقوله وان قال ليس بابني ولا
بابنك ظ وقوله او قذف الملاعنة بولد بفتح العين هكذا فعله صاحب
النهاية بخط شيخه ويجوز ان يكون بكسر العين ومعناه التي لاعنت بولد
كذا في الكافي وقوله بولد يتصل بالملاعنة وقوله ففاتت العفة نظرا
اليها اي الى امارة الزنا وهي العفة ذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة
شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد وقوله
ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد ظ فان قيل اللعان قائم مقام حد
الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف
نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر
الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي
القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية
ووجدت بخط شيخي في جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في جانبها
قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي
محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها قال ومن وطئ
وطئا حراما في غير ملكه اعلم ان الوطء الحرام بالقسمة الاولية على نوعين

ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط للاحصان ولان القاذف صادق
والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما
لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة
فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة هداية

وابو حنيفة رح يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد
بيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت
في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية
او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا
او ملك اليمين كما في الامة المجوسية والمكاتبة او ملك النكاح كما في الحائض

وعن ابي يوسف رح ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطئ ولهذا يلزمه العقر بالوطئ ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف

اصلها حرام لعينه والآخر لغيره والاول ما حصوله في غير الملك من كل وجه كوطئ الاجنبية او من وجه كوطئ الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في امرأة هي حرام على الوطئ على التأبيد كوطئ امته وهي اخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطئ امته المجوسية ووطئ امته الاختين والقاذف في النوع الاول بوجه لا يحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق لان الزنا هو الوطئ الحرام لعينه وابو حنيفة رح شرط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كوطئ الاب بعد ملك النكاح او ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطئها الحد قاذفه او بالحديث المشهور كوطئ المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله عم لا نكاح الا بشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال الا ترى ان المجوسية اذا اسلمت او اخرج احدى الاختين عن ملكه حل له الوطئ فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظ وقوله وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطئها لا يسقط احصانه لان الحرمة انفصلت مع قيام الملك الذي هو المبيح لا يسقط احصانه كوطئ المرأة الحائض او المجوسية او التي ظاهر منها او المحرمة او امته التي زوجها او هي في عدة من غيره لان ملك الحل قائم بقيام سببه ووجه ظاهر الجواب وقوله لان ملك الحل قائم بقيام سببه فلهذا السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان في معنى الزنا وقوله لمكان اختلاف الصحابة رض يعني انه مات وله وفاء على ما مر في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى وقوله وقد مر في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك وقوله فقذف مسلما حد

ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا مات
وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رض ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم
يحد عند ابي حنيفة وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما
وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد و
لانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه واذا حد المسلم
هداية

واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات
واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم
قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف
العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد
شهادته بعد العتق من تمام حده
والاكثر سوطا
هداية

جواب ظاهر الرواية وعلى قول ابي حنيفة اولا لا يحد لان المعتبر فيه هو الامر على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا ووجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر واضح وقوله لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد اعترض بانه انما استفاد اهلية الشهادة على المسلمين فاما على اهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وصارت مجروحة باقامة الحد عليه واجيب بانه ليس كذلك بل استفاد بالاسلام اهلية الشهادة على اهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين اقيم عليه الحد فان تلك كانت بطريق الاصالة على اهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان اهلية الشهادة على الاشراف تقتضي اهليتها على الاخس ولقائل ان يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد ايضا موجود وقوله بخلاف العبد جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم وكلامه ظ واعترض بان المعقول ههنا منعكس حكما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب ان ترد شهادته بحد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء اصلا لم ينعقد الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب ان شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها فلا ترد ولم نقل في العبد بان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى امكان الموجب وهو الرد وقوله والاكثر سوطا في قذف ظ واعترض بان المقام بعد الاسلام الى كمال بعض الحد

وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له
والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته والاقل تابع
للاكثر والاول اصح قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاول فلان
المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا

لا يخص القذف وعليه جاز وكذا لا فضاء للتعدد ...

فالمقام قبل الاسلام كذلك فلا يكون رد الشهادة صفة لما اقيم بعد الاسلام فكذلك
لا يصلح ان يكون صفة لما اقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام
اولى لان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما
عرف في موضعه والجواب انا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام و
لا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة الحد والحد ثمانون ولم يوجد
فلم يترتب التتمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول
الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الاخر نصا فيعمل كل واحد منهما
بما يمكن والممكن زمان الرد شهادة فانه للحال فيتقيد به وعن ابي
يوسف انه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر فكان الكل وجد بعد الاسلام
وهي رواية عن ابي حنيفة رح ايضا والاول اصح لما ذكرنا ان النص ورد
بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ وقوله ومن قذف او زنى
الخ ذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها
الزناة او بكلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت زان
ويا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد منهم لان حق المقذوف
عندنا وعند الشافعي رح ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم
بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لان المغلب حق المقذوف عنده
فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق
الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحدود والله اعلم
فصل في التعزير لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب
او السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزاجر الذي هو دونها في القدر
وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد واصله من العزر
وهو الرد والردع
وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الاخر فلا يتداخل واما القذف
فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بها وقال الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا
لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده **فصل في التعزير** ومن قذف عبدا او امة او ام ولد
او كافرا بالزنا عزر لانه جناية

لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق
او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه
يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الراي الى الامام ولو قال يا حمار او يا
خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شتما وقيل ان كان المشتوم
من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر
لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من
العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير
اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله
ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ
التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل
فيه قوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو
من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو
حنيفة ومحمد رح نظرا الى ادنى الحد وهو
حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك
اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف

بمعنى الرد والردع والاصل في هذا ان من قذف غيره بكبيرة ليس
فيها حد مقدر يجب التعزير قال في الفتاوى الظهيرية اعلم بان التعزير
قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام
العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس
ولم يذكر محمد التعزير باخذ المال وقد قيل روي عن ابي يوسف ان التعزير
من السلطان باخذ المال جائز وذكر الامام التمرتاشي ان التعزير الذي يجب
حقا لله تعالى يجب على الامام اقامته كل احد بعلة النيابة من الله قوله ومن قذف
عبدا او امة الخ وقوله في الجناية الاولى يعني ما اذا قذف عبدا او امة
او ام ولد بالزنا لانه اي القذف بالزنا من جنس ما يجب فيه الحد به
وقوله في الثانية يعني قوله يا فاسق الخ وقوله لانه ما الحق الشين
للتيقن بنفيه قيل بل يلحق الشين بالقاذف لان كل احد يعلم انه ادمي
وان القاذف كاذب وقوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو من
المعتدين فعل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع واما ما يجري على السنة
الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من
بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوة تعرف بالتامل الصحيح والاولى ان
يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين فاذا تعذر
تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رح نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في
القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا
وهذا هو لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتنكير
في الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا هو ان
البلوغ الى تمام الحد يتعذر وليس بعده قدر معين كربع او ثلث او عشر

رح اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر رح وهو القياس وفي
هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رض فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث جلدات لان ما دونها لا
يقع به الزجر وذكر مشايخنا رح ان ادناه على ما يراه الامام يقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس
وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس
هداية

فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف **قال** فإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل لأنه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم إليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير **قال** وأشد الضرب التعزير لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال ثم هداية

فصار إلى أقل ما يطلق عليه [illegible] وقت الصلاة فإن الكل لما لم يمكن أن يكون سببا وليس بعده جزء معين صير إلى أقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزى وكلامه واضح وقوله فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا يعني فيكون فيه أكثر الجلدات قوله والقذف بغير الزنا من حد القذف يعني فيكون فيه أقل الجلدات قوله لأنه يعني الحبس صلح تعزيرا وقوله وقد ورد الشرع به أي بالحبس وهو ما روي أن رسول الله عليه السلام حبس رجلا للتعزير وقوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة لإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير أي لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا فقال يا فاسق أو يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لأن في باب الحد شيئا فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجوبه فيجوز أن يحبس في تهمته لتناسب إقامة العقوبة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى وفي باب الأموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لأن الأقصى فيها عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيها لكان إقامة العقوبة الأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما يأباه الشرع فلما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم أن الحبس من التعزير إذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس بتهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للإمام أن يضمه إلى الضرب إن رأى ذلك لأن للإمام الرأي في تقدير العقوبات فكذلك في ضم الحبس إلى الضرب **قال** وأشد الضرب التعزير قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير أشد ثم ضرب الشارب أشد من القاذف وضرب القاذف أخف من جميع ذلك

قال ثم حد الزنا لأنه ثابت بالكتاب وحد الشرب يثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لأن سببه متيقن به ثم حد القذف لأن سببه يحتمل الاحتمال لكونه خبرا ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج إذا عزر زوجته لأنه مطلق فيه والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح هداية

وإنما كان ضرب التعزير أشد لأنه خفف من حيث العدد فلا يخفف في وصفه ثانيا كيلا يؤدي إلى فوات المقصود وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو يعني جمع الأسواط في عضو واحد ولا تفرق على الأعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ما روى أبو عبيدة وغيره أن رجلا أقسم على أم سلمة فضربه عمر رض ثلاثين سوطا كلها يبضع ويحدر أي يشق ويورم ومعلوم أن عمر رض ضربه بطريق التعزير وتحمل الحق اختاره المصنف بقوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء فلو كان الشدة عنده باعتبار عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه وقوله ثم حد الزنا ظاهر وقوله ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر ذكر مسئلتين أحدهما مبنية على الأمر وهو لا يقتضي السلامة في إتيان المأمور به والأخرى على الإطلاق وهو يقتضيها والفرق بينهما أن الأمر لطلب المأمور به وهو من الإثبات وهو لا يقبل التعليق بالشرط لأنه يشبه الإخبار ولأنه لما وجب على المأمور ذلك الفعل بالأمر صار المأمور كالمجبور وسعه من غير [illegible] للسلامة لأنه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المأمور به في حرج الوجوب وأما الإطلاق فإسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة حالا ولأن الفعل المطلق في اختيار فاعله لأنه في الفعل إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل فينبغي أن يتقيد بوصف السلامة لأنه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح في التعزير تجب الدية في بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب

وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يعود إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا هداية

فقلنا لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله تعالى أعلم

كتاب السرقة

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى إلا من استرق السمع وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى

هداية

الدية في بيت المال لأن نفع عمله يعود إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا إنه لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله أعلم

كتاب السرقة

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الأموال لأن صيانة النفوس أقدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكره في الكتاب وقوله إلا من استرق السمع معناه استمع إليه على وجه الخفية وقوله وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة هي أن يقال السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة والمعنى اللغوي وهو أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار جزء من معناها قال صاحب النهاية اعلم أن ما نقله الشارع إلينا على ثلاثة أقسام أحدها ما هو المقرر على ما أنبأنا اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء إخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم والثاني ما هو معدول عما أنبأنا اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم فإن الصلاة شرعا عبارة عن الأركان المعهودة وليس لها إنباء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما أنبأنا به اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر لأن الصلاة في اللغة الدعاء وهو مقرر في الشرع مع زيادة أوصاف وكذلك الصوم هو الإمساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف ويمكن أن يجاب عنه بأنه نظر على المثال وهو ليس يقدح عند المحصلين وقوله كما إذا نقب الجدار على الاستسرار نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء

والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما إذا نقب الجدار على الاستسرار ~~وأخذ المال~~ وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى

هداية

وفي الكبرى أعني قطع الطريق مسارقة عين الإمام لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه **قال** وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والأصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لأن الرغبات تفتر في الحقير وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لأنها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك بثلاثة دراهم لهما

هداية

وترك نظير الأول لظهوره وكان القياس أن لا يقطع فيما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة أي معاندة بسلاح لأن ركن السرقة الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية إن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ وأن الأخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لأنهم لو اعتبروا الخفية وقت الأخذ لامتنع القطع في أكثر السرقات لأن الأكثر في الليالي تصير مغالبة في الانتهاء لأنه وقت لا يلحق الغوث وقوله ومن يقوم مقامه يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن **قال** وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم إذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه على ما سنظهر لك معناه وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما فإن الحكم إذا رتب على صفة كان مصدرها علة كما عرف والآية كما ترى عامة لكن لم يتناول الصبي والمجنون لأنه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف إلا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء وأما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الأمصار وأصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري تمسكا بإطلاق الآية فإنه ليس فيها ما يدل على النصاب أصلا بخلاف كونه مالا محرزا فإن لفظ السرقة يدل على ذلك لأن أخذ المباح يسمى اصطيادا أو احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فأخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لأنه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة

لهما أن القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان إلا في ثمن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والأخذ بالأقل وهو المتيقن به أولى غير أن الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالا لدرء الحد وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم

هداية

والاسم الأول

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وستبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد هداية

من المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن مسعود وقوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة بالحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله وهو الاصح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة رض ما يدل على ان المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رض ان اليد لم تقطع في عهد النبي عم الا في ثمن مجن حجفة او ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رض ان رسول الله عم قطع سارقا في مجن ثمنه ثلاثة دراهم وقد اخذ به مالك وروت عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا الى النبي عم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه اخذ الشافعي فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كان اثني عشر درهما وثلاثة دراهم كانت ربع دينار وتعارضها ما روى في السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس ان رسول الله عم قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم وما تعارضا لا مرجح جريا الى اطلاق قوله عم لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهو ان العمل بمذهبنا استلزام العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتياط للدرء فوجب العمل به قال والعبد والحر في القطع سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه اهم لان عدم التساوي انما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكلاهما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به

قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس قال ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع الا بالاقرار مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة هداية

لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة و باب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب هداية

فلا حاجة الى الزيادة واذا تمهد هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنا ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا وقوله ولا اعتبار بالشهادة جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الشهادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار لانه لا تهمة فيه وقوله وباب الرجوع جواب عما يقال انما شرط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا ووجه ذلك انه لو اقر مرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع في حق المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا ان لا فائدة في تكرار الاقرار لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله واشتراط الزيادة في الزنا جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا فينبغي ان يسألهم الامام عن كيفية السرقة فيقول له كيف سرق لجواز انه نقب البيت وادخل يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن ماهيتها لجواز ان يكون المأخوذ شيئا تافها ولا قطع فيه وهذا اشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها الا احاد الفقهاء فيحتاج الى حصر الفقهاء بشرط الظهور وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع بوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان فانه قيل الشهود فاذا تقادم الشهادة فهما غير متهم لانه لا تقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسأل عنها اذا ثبت بالبينة كي لا يسأل حتى يثبت بالاقرار قلنا ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب قال في المحيط ويسأل ايضا عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه او احد الزوجين والعقد مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر مخاصم

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك هداية

قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وإن أصاب أقل لا يقطع لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه والله أعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الإسلام كالخشب والقصب والحشيش والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والأصل فيه ... هداية

والشهود يشهد بالسرقة منه فلا حاجة إلى السؤال من ذلك وقوله يحبسه أي المشهود عليه لأنه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقوله وإذا اشترك جماعة الخ واستشكل بما إذا قتل جماعة واحدا فإنه يقتل كلهم وإن لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال وأجيب بأن القصاص يتعلق بإزهاق الروح وهو لا يتجزى فيضاف إلى كل واحد منهم كملا والله أعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع لما فرغ من ذكر نفس السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وإن وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان من الواجب أن يذكر قوله وإذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لأنه إن أصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وإن أصاب أقل كان مما لا يقطع فيه لأن هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب قوله لا قطع فيما يوجد تافها الخ والمغرة بالفتحتين الطين الأحمر وتسكين الغين فيه لغة قوله وما يوجد جنسه مباحا وقوله غير محرز وقوله بصورته احتراز عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب والحصير البغدادية فإن في سرقتها القطع وإن كان أصلها من الخشب وأصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الأصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فإنها توجد مباحا في دار الإسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد إذا سرق منها على الصورة التي توجد مباحة وهي الأشياء المختلطة بالحجر والتراب لا يقطع ووجه الظاهر أنها ليست ... وإن كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وقوله تقل الرغبات فيه

والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به
هداية

والطباع لا تضن به فقل ما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ألا يرى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي
هداية

جملة استئنافية وقوله والطباع لا تضن أي لا تبخل بفتح الضاد وهو الأصل وجاء الكسر أيضا وقوله فقلما يوجد أخذه على كره من المالك أي فقليلا وجود لحوق الخلاية بالمالك عند أخذ هذه الأشياء منه بل يرضى بالأخذ توقيا عن لحوق سمة خسة ... ونفاذا عن نسبته إلى دناءة الطبيعة فلا حاجة إلى شرع الزاجر وقوله والطير يطير والصيد يفر يعني لما كان الأمر كذلك قلت الرغبة فلا يشرع الزاجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الأبواب وقوله وكذا الشركة العامة التي كانت فيه أي فيما يوجد جنسه مباحا وهو على تلك أي الصفة التي كان عليها وهي شركة تحرز به عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا تورث الشبهة أي شبهة الإباحة بعد إحرازه والحد يندرئ بها وفي التعبير بالشركة العامة إشارة إلى قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاثة الكلأ والماء والنار وقوله لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو القديد الذي فيه الملح وقوله والحجة عليه ما ذكرناه يعني حديث عائشة رضه وما ذكر بعده والجمار شحم النخل وهو شيء أبيض يقطع من رأس النخل والودي صغار النخل وقوله كاللبن واللحم يعني مثل الخبز واللحم وأمثالهما لأنه يقطع في الحنطة والسكر بالإجماع إذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط أما إذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا وقوله كاللبن واللحم والثمر اللحم راجع إلى قوله كالمهيأ للأكل منه والثمر راجع إلى قوله وما في معناه فكان كلامه لفا ونشرا وقال الشافعي رح يقطع فيهما أي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يداس فيه الثمر والجران

وقيل الودي وقوله عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعا وقال الشافعي يقطع فيها لعموله ... لا قطع في ثمر ولا كثر وإذا آواه الجرين أو الجران قطع قلنا أخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع
هداية

قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها للاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي ماليته بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتاول في اخذها القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية انما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه ولا الصليب

هداية

مقدم عنق البعير من مذبحه الى المنحره والجمع حرف مجاز ان يسمى الجرابح المتخذ منه فكان المراد احد الظرفين ويجوز ان يكون الشك من الراوي فلما اخرجه على وفاق العادة الى الجرين لا يؤوى الا اليابس من التمر وفيه القطع في الرواية المشهورة قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة الرطبة لكن اعاده تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيهما ولا يقطع في الاشربة المطربة اى المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وقد فسر السكر في اصول الفقه بانه غلبة سرور في العقل فالتقييد بما هو معنى السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار قال الامام التمرتاشي لا قطع في الاشربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة وقوله ولان بعضها ليس بمال اى بمال متقوم كالخمر وفي ماليته بعضها اختلاف يعني كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند ابي حنيفة متقومة خلافا لهما واما قيد الاشربة بكونها مطربة احترازا لما ذكر في الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة انه لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة ولا في الطنبور لانه من المعازف والمعازف الآت اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب وقوله ولا في سرقة المصحف ظ والصليب شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى والشطرنج بكسر الشين والنرد معرب وقال ولا قطع فيهما وان كانت من ذهب او فضة وقوله الا ان يكون الصليب في المصلى اى في موضع صلاة النصارى الخ وهو معبدهم وقوله وما عليه من الحلى تابع

قال في علامهم

ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتاول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا يثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت اخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتاول في اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته وقال ابو يوسف

هداية

وقال ابو يوسف رح يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في الصبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقيقها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغذ ولا في سرقة

هداية

لا يقال يجوز ان يكون مقصوده من الاخذ هو الحلي فلا يكون تابعا لانه لو كان مقصوده لاخذ الحلي وترك الصبي وقوله انه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقط كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مفروزة وقوله وعلى هذا اذا سرق اناء فضة ظ والدفاتر جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها سواء كانت للشعر او للحديث او الفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشير الى ان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها يحتاج اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحديث وان قلت كيف لا يراث الشبهة وفيه التبس من الحفظ بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام الشرع ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظ ولا دف ولا طبل والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو واما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فيتمكن فيه الشبهة وقوله لان عندهما لا قيمة لها يدل على ان متلفه لا يضمنه وعند ابي حنيفة رح وان كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة لكن آخذها يتاول الكسر فيها فكان ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والآبنوس بمد الهمزة وفتح الباء معروف وقوله ولا يوجد بصورتها

ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رح آخذها يتاول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع في الفصوص

هداية

وتقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباحة الاصل بصورتها
في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع فيها لانه
بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط
في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع بسرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب
انما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد
حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته
ولا قطع على خائن هداية

مباحة في دار الاسلام اي ما فيه تبيين ان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار
الحرب وقوله واذا اتخذ من الخشب اي والفرق بين المحمل المتصل بالخشب
والمحمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففي الخشب تغلب الصنعة
على الجنس فتخرج من الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته وتحرزه بحيث
انهم يدخلونه في الحرز واما في الحشيش فليس كذلك ولهذا ابو شونه في غير الحرز
حتى لو غلب الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله وانما
يجب القطع اي في الابواب في غير المركب بالجدار اما اذا كان مركبة في الجدار
فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به و
ما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا يكون محرزا قيل
هذا في الباب البراني واما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لانه محرز
بالبراني وقوله انما يجب اذا كان خفيفا ظ وقوله ولا قطع على خائن
الخائن هو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاب ان
ياخذ من وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية والاختلاس ان
ياخذ من البيت بسرعة والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح قال ولا قطع
على النباش واختلف الصحابة رض في مسئلة النباش فقال عمر وعائشة
وابن مسعود وابن الزبير بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس
لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من بقي في عهد مروان على ما روي ان
نباشا اتي به مروان فسال الصحابة رض عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا
فعزره اسواطا ولم يقطعه وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد وبالاول اخذ ابو يوسف
والشافعي رح لقولهم ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز
مثله فيقطع اما انه مال متقوم فلا شبهة فيه فان الكفن ثوب الميت

ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور الحرز قال ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال
النبي عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف والشافعي رح عليه القطع لقوله عم ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولكنها
هداية

ولكنها قوله عم لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت
حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة
الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح
وكذا اذا سرق هداية

لا تخرج عن التقوم واما انه محرز فلانه ليس بمضيع الا ترى ان الاب والوصي
اذا كفنا الصبي من مال الصبي فانه لا يكون محرزا يكونان مضيعا وفيه الضمان
واما قوله بحرز مثله بحرف ان الحرز ما بينه الطحاوي حرز كل شيء معتبر بحرز مثله
حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل
لا يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه
لا يقطع لان الثوب لا يحرز بالحصن منها اذا كان بابا بحيث يمنع اخراج
الشاة دون دخول الادمي واخراج سائر الاموال وقوله ولكنها اي
لابي حنيفة ومحمد رح وكلامه ظ لا يحتاج الى الشرح وقوله وان كان القبر
في بيت مقفل بسكون القاف من اقفل الباب وقوله فهو على الخلاف
في الصحيح بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر
في بيت مقفل حتى اختل صفة الحرز فان لكل احد من الناس تاويلا بالدخول فيه لزيارة
القبر فكذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم
من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة والاصح عندي انه لا يجب
القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي
قررناه وقوله لما تبينا اشارة الى قوله عم لا قطع على المختفي والمعقول
وهو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة وقوله ولا يقطع السارق من
بيت المال ظ وقوله لما قلنا اشارة الى ما بينه بعد قوله لانه مال
العامة وهو منهم فانه يبين من ذلك ان للسارق فيه حقا ولما قلنا اشارة
اليه وقوله والحال والمؤجل فيه اي في عدم القطع سواء اما اذا كان
حالا فظ واما اذا كان مؤجلا فلان التاجيل لتاخير المطالبة واما
نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة ايضا والتعيين الا يقطع لانه

وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما تبينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو
منهم قال ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على اخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه
استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء لان التاجيل لتاخير المطالبة
وكذا اذا سرق هداية

وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظ فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق

هداية

سرق مالا لا يباح كما لو سرق من خلاف جنسه وجه الاستحسان ان الاخذ
الا لم يكن مستحقا لكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء
وقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظ وقوله لان له ان يأخذه عند
بعض العلماء يريد به ابن ابي ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه
كان له ان يأخذ لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من
يقول له ان يأخذ رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا
هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس ان لا يأخذ جنس حقه
في الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكن تركناه
فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لتحقق التفاوت فلا يعتبر
القياس ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك يعني انه اخذه
قضاء لحقه او رهنا به درئ عنه الحد لان فعله في موضع الاجتهاد
لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التأويل عندنا قوله
ولو كان حقه دراهم ظ وقوله وقيل لا يقطع قيل هو الاصح لان النقود
جنس واحد كما في الزكاة والشفعة وقوله ومن سرق عينا ظاهر
وقوله لان الثانية متكاملة كالاولى وجه التشبيه هو ان المتاع
بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين اخرى في حكم الضمان
حتى لو غصبها او اتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لانه مال معصوم
كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع
في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية واما كونه افحش فظ لتقدم الزاجر
وقوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد
اشارة الى قوله بعد وراق ولنا قوله ع م لا غرم على السارق بعدما

فصل

ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح وهو قول الشافعي لقوله ع م فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل افحش لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك

هداية

وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكره لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول

هداية

قطعت يمينه اي وسقوط عصمة المحل يوجب اسقاط القطع فان قيل
فان نعتبر العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك
اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت
شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو
القطع فيه فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك في
ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الخ وقوله
والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يجئ فان تغيرت
عن حالها مثل ان يكون غزلا الخ وقيام الموجب اي موجب
سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع وقوله بخلاف ما ذكره
يعني ابا يوسف في صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف سببه و
اصله حديث بريرة وهو معروف وجه قوله ولان تكرار الجناية معطوف
على قوله ولنا ان القطع فهو دليل اخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود
الى سرقة ما قطع فيه نادر لتحمله مشقة الزاجر والنادر يعرى عن
مقصد الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها وصار كما اذا قذف
المحدود في القذف المقذوف الاول بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن
مقصد الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد
منهما خالص حق الله تعالى ثم حد الزنا متكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى ان من
زنا بامرأة فحد ثم زنا بتلك المرأة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف
فان فيه حق العبد خصوصا على اصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد
في المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع
العار عنه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير

قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه فقطع ثم رده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه
الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في
المال والدخول في الحرز والثاني بالمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة فيها بخلاف الصديق
لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رح لانه الحقه بالبعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه قال

مسئلتان من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بالخصومة فلا يتكرر الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى في المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروق في المرة الاولى وقوله فان تغيرت عن حالها ط والقطع بالجر عطف على قوله من المحادثين

فصل في الحرز والاخذ منه لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد او ان البسوطة في المال وفي الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم امر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف على ما يجيء في كتاب الكراهية وقوله وفي الثاني يعني في ذي الرحم المحرم خلاف الشافعي رح فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقه بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذي الرحم من بيت غيره قطع لوجود الحرز وقوله وان سرق من امه من الرضاع ط وقوله والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا تحترم اي لا تجعل لها حرمة قرابة عادة كما اذا ثبتت يعني المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بيت بنت المراة التي زنا بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل يقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة وقوله واقرب من ذلك اي من المحرمية الثابتة بالزنا الاخت من الرضاعة يعني ان الام من

وان سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظ انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاعة

وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين
من الاخر او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة فان سرق
احد الزوجين من حرز الاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي للبسوطة بينهما في الاموال عادة
ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رض درءا وتعليلا قال والحرز على نوعين

الرضاع اشبه من الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع اقرب من الحاقه بالزنا وقوله وهذا اي القطع مع الدخول عليها من غير استيذان وحشمة لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الاخر ط وقوله ودلالة معناه انها لما بذلت نفسها وهي انفس من الاموال فلان تبذل المال اولى وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين لا تقبل للاخر عندنا وعنده تقبل في احد قوليه بل هذا اولى لان بهذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات اولى وقوله وهو ماثور عن علي رض درءا وتعليلا يريد به ما روي عن علي رض انه اتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا قال والحرز على نوعين الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز ان يقال هو ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو ما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور والبيوت و الصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فانه حرز به وكل واحد منهما ثابت عن الاخر فقد ثبت ان رسول الله عليه السلام قطع من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت وان لم يكن له باب اوله

قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رضه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي الحرز بالمكان

وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يده فيما قبله بخلاف الحرز بالحافظ حيث يجب القطع كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير مثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى

قال ومن سرق

ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده لا يقطع ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لم يكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في العيون انه عند ابي حنيفة رح يقطع فيه ووجه الصحيح ان الحرز المعتبر هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة وهذا ايضا حجة تدل على ان الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع عنده او تحته هو الصحيح لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشائخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا للمتاع في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا له في حال نومه اخذا واخذ ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع قالوا حوله بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قال في الفتاوى يعني قال جمهور انما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكر شمس الائمة ثم قال وقالوا انما يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا واما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا كذا في النهاية وقوله ولا قطع على من سرق

قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام

ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص

من حمام يعني في الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة يعني في الحمام او حقيقة يعني في البيت الذي اذن للناس بالدخول فيه وقوله ويدخل في ذلك اي في قوله او من بيت اذن للناس في دخوله وقوله الا اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع وقوله ومن سرق من المسجد متاعا ظ وقوله ومن سرق سرقة اي مالا وسمي الشيء المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد اذا كانت السرقة مصحفا وقوله وان كانت فيها اي في الدار مقاصير اي حجرات وبيوت وقوله وان اغار انسان ~~...~~ اي دخل بسرعة قال في النهاية نا فلا بخ المكتوب ان اغار لفظ شمس الائمة الحلواني رحمه الله واما لفظ محمد فهو وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة اخرى ولفظ شمس الائمة السرخسي كذلك وكانه اصح لان الاغارة في باب السرقة غير لائقة لان السرقة اخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز ان يكون بعض اهل المقاصير يدخل على بعض اخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا من اعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الاغارة واذا صح المعنى جاز ان يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد رح وكان قول المص رح فسرق منها بعد قوله اغار اشارة الى ما بين الجنبين وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان كل مقصورة الخ وقوله واذا نقب اللص البيت ظ وقوله وهي بناء على مسئلة نقب البيت وقوله وان القاه في الطريق دليل وصله

واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله اخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده وناولها الى رح فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر رح لا يقطع

وقال زفر رح لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز هداية

الى يده فثبت عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا انقطعت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع وقوله ولم يعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فاوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم يسقط اليد الحكمية ههنا لم يرد ما ذكره زفر انه خرج من الحرز ولا مال في يده وقوله فاعتبر الكل اي الالقاء في الطريق ثم اخذه فعلا واحدا اي اخذ المال واخراجه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا وقوله واذا خرج ولم يأخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ وقوله وكذا ان حمله على حمار ظ قال واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان الاخذ غير الداخل يعين الداخل والكل منهما لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لان كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الاخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الاخذ الحامل صبيا او مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للاخذ الحامل فاذا لم يجب الحد على من هو الاصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب على قول ابي حنيفة ومحمد رح لان الفعل

واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رض وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رح لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب هداية

ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف رح في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد قال ط هداية

من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال ابو يوسف رح يجب القطع الا على الصبي والمجنون وقوله ومن نقب البيت واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارى كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي انه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخل وقوله بخلاف الصندوق جواب عن قوله كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فان قيل بخلاف الصندوق جواب عن قوله لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا للحرز عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم اجاب بان ذلك هو المعتاد وان طر صرة الطرار هو الذي يطر الهميان اي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة ههنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس يجري على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا ادخل يده في الكم فطرها وقوله فلا يوجد هتك الحرز يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه وقوله في الوجهين اي في الخارج والداخل وقوله ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد

فان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف هداية

يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع

اي في الداخل يعني الاخذ من الخارج لا يجب القطع وفي الاخذ من الداخل يجب القطع

وعن ابي يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع
المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصودا
فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون
الحفظ حتى لو كان مع الاجمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل
هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة
فيه صيانتها فكانكم فوجد الاخذ من
الحرز فيقطع وان سرق جوالقا
هداية

في الكم على اخراج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط
في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم
خارج الكم ظاهرة محمولة بحلوله فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه
لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه وان ادخل اليد في الكم لانه ادخلها لحل الرباط
لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله
لانه يعتمده اي لان صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال
لانه من اصحاب قطع المسافة والاستراحة وذلك لانه اما ان يكون
في حالة المشي او في غير حالته ففي الاول قصده قطع المسافة لا حفظ
المال وفي الثاني قصده الاستراحة هو المقصد هو المعتبر في هذا الباب
الا ترى ان من شق الجوالق الذي على ابل يسير واخذ الدراهم منه
يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزا لها فكان كسارق
الدراهم من الجوالق مالكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه
والجوالق على ابل يسير لا يقطع لان السائق والقائد انما يقصد بفعله
قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم تصر الجوالق محرزا به مقصودا
على ما هو المذكور في الكتاب وقوله وان سرق من القطار بعيرا
القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم
اذا جاؤوا ارسالا وقوله وهذا يؤكد ما عددناه من القول المختار
يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما هو الصحيح

فصل في كيفية القطع واثباته لما ذكر وجوب قطع اليد
لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند موصل طرف
الذراع في الكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل

وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق
ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده
والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم
عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار فصل في كيفية القطع واثباته
قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع هداية

فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة ابن مسعود رضه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط
وهذا المفصل وهو الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم
لقوله عم فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال فان سرق
ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق
ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب
وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره
المشايخ وقال الشافعي رح في الثالثة

ومعه والقطع بما تلوناه يعني قوله تع والسارق والسارقة الاية
واليمين بقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فجازت الزيادة
بها على الكتاب وقد عرف في الاصول ومن الزند لان الاسم يتناول
اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به من حيث القطع
والمقطوع لكونه اقل فعدلنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس
ان المستحق قطع الاصابع فقط لان البطش كان بالاصابع
فيقطع اصابعه لم يزل تمكنه من البطش بها لان فيه قطعا وفيما قلنا
قطع واحد على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد اسم للجارحة وقوله
من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج يقطع يد السارق من المنكب
لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الابط لان فيه تكثير المقطوع
وقوله كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع السارق من الزند
والحسم روى ابو هريرة ان النبي عم اتي بسارق فقالوا يا رسول الله
ان هذا سرق فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى
يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث وقوله
ولانه لو لم يحسم ظ وقوله وخلد في السجن حتى يتوب وحاصله ان السارق
لا يؤتى على اطرافه الاربع بالقطع وانما يقطع يمينه اول سرقة و
رجله اليسرى في ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعي
بعد الرابعة يحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل و
قوله ويروى مفسرا كما هو مذهبه يعني في حديث ابي هريرة رضه
ان النبي عم قال في المرة الاولى تقطع يده اليمنى وفي الثانية الرجل
اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وقوله ولان في

قال المص لان الاسم يتناول اليد الى الابط اقول ولعل
قال العلامة الكاكي اليد مشترك بين الكل والجزء كلفظ الاذان
من الاذن وقد يكون من المنكب وقد يكون
والرسغ ولكن زال بهذا الابهام ببيان الرسول عليه السلام
اي اسم اليد وقوله يتناول كل البدن يتناول المستحق

قوله ان النبي عليه السلام امر بقطع السارق من الزند
والحسم اقول فيه شيء قال السلام به يوهم ان يكون
قوله والحسم معطوفا على قوله بقطع وليس كذلك بل
على قوله من الزند

وقال الشافعي في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عم من سرق فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة
مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا هداية

وكنا قول علي رض اني لاستحي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رض
فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما
يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة
وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة
بطشا او مشيا وكذلك اذا كانت
رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت
ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء
او الاصبعان منها سوى الابهام لا
لان قوام البطش بالابهام فان كانت
اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة
او شلاء قطع لان فوت الواحدة
لا يوجب خللا ظاهرا في البطش
بخلاف فوت الاصبعين لانهما تنزلان
منزلة الابهام في نقصان البطش
واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا
في سرقة سرقها فقطع يساره
فلا شيء عليه عند ابي حنيفة وقالا
لا شيء عليه في الخطاء ويضمن في العمد
وقال زفر رح يضمن في الخطاء ايضا
وهو القياس والمراد بعد انه

الثالثة ط وقوله وحجهم اي غلبهم في الحجة يقال حاجه اي ناظره
بالحجة فغلبه بها وقوله بخلاف القصاص جواب سوال تقريره لو قطع
رجل اربعة اطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات
هناك موجود لانه لا يبقى له يد ياكل بها ويستنجي بها ولا رجل يمشي عليها
وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود ونحو الجواب ان القصاص
حق العباد وحق العباد يراعى فيه المماثلة بالنص والحديث الذي
رواه الخصم دليلا على دعواه هذه طعن فيه الطحاوي قال تتبعنا
هذه الاثار فلم نجد لشيء منها اصلا ثم ان ما رواه الخصم وقال
ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له لان كلا من نقاده
من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او نحمله على السياسة
بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة وقوله
لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعني ان كانت يده اليسرى ما ذكر مقطوعة ح
او مشيا ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه ظ قال و
اذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين السارق الحداد هو الذي يقيم الحد
فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال
اقطع يده مطلقا فقطع الحداد اليسرى فلا ضمان لانه فعل ما امره
به فانه امره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه بالاتفاق و
لم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع و
قال في المبسوط لا شيء عليه لان قيمة اليد قد سقطت بقضاء الامام
عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا لكن ادبه
الامام لانه اساء الادب حين قطعه قبل ان يامر الامام به وكلامه واضح وقوله

والمراد بالخطاء هو الخطاء في الاجتهاد واما الخطاء في معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا
له انه قطع يدا معصومة والخطاء في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطا في اجتهاده اذ ليس في النص
تعيين اليمين والخطاء في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لانه تعمد الظلم
فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رح انه

ولابي حنيفة رح انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل
قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق يساره وقال هذا
يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك ح

بغير حق دليله ان الحق في اليمين في السرقة وهو الظالم بقطع اليسار احد
لم يكن من قطع اليسار قصاصا ولا تاويل حيث لم يخط لان الكلام فيما
اذا تعمد في قطع اليسار فلا يعفى كما لو قطع رجله او انفه وان كان
في المجتهدات لان المجتهد لا يعذر فيما اخطا اذا كان الدليل ظ كالحكم بحل
متروك التسمية عامدا وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة
وهي قوله تع فاقطعوا ايديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين
جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت مع الشبهة بخلاف
ضمان المال قوله ولابي حنيفة تقريره القول بالموجب سلمنا انه
قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لكن اخلف من جنسه ما هو خير منه
فلا يعد اتلافا وعلى هذا التقرير لو قطعه غير الحداد اي لو قطع يسار
السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه لا يضمن شيئا لان امتناع
بعد قطع اليسار لا تفاوت بين ان يكون قاطع اليسار مامور الحاكم
او اجنبيا غير مامور وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي
فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطاء
الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع ادى الى الاستهلاك ويرد
السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهالك وقوله ولو اخرج
السارق يساره ظ وقوله ثم في العمد عنده اي عند ابي حنيفة رح
عليه اي على السارق ضمان المال المسروق ان كان هالكا لانه لم يقع حدا
وانما خص ابا حنيفة رح بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق
دفعا لما عسى يتوهم ان قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب
الضمان على الحداد فازال ذلك ببيان وجوب الضمان ايذانا بان القطع

قوله يوجب تناول اليدين اقول يعني على سبيل البدل كما في قوله تع فاغسلوا وجوهكم وايديكم حق

قوله وانما خص ابا حنيفة اقول قال الشيخ السغناقي وتبعه الاكمل وانما خص ابا حنيفة لما ان شبهة عدم وجوب الضمان على السارق ان القطع وقع حدا عنده فلا يجتمع وجوب الضمان مع القطع انتهى وعندي ان ما ذكره السغناقي لا يصح

وفي الحظ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يصح ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق

لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار انه اخلف فيه الاباعتبار ان القطع وقع حدا واما على مذهبهما فقط لا حاجة الى ما ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقطع على هذه الطريقة القطع هذا الا ان الة فيتحقق السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان و القطع حدا وقوله في الخطا كذلك على هذه الطريقة اى على طريقة ان القطع لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضى وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البته وعلى طريقة الاجتهاد الذي قلنا في طريق ابي يوسف و محمد رح ان ضمان اليد ثم الحداد بطل بطريق الاجتهاد لا يضمن السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجتمعان

قال ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن ابي ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق لكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعي رح ان اقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة فلابد من ذلك لان الشهادة تبتنى على الدعوى في الحال فيما لم يحضر هو او نائبه لم يقبل شهادتهم وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه ينتفي السرقة وكل ما هو شرط الشيء لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلامه في الكتاب واضح فلا تخفيه توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على

مال الغير

٣١١

لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ايضا ان يقطعه وكذا للمغصوب منه وقال زفر

مال الغير لا يظهر الا بخصومته هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها اى لظهور السرقة بين الاقرار والشهادة وان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم وقوله وصاحب الربوا قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر العاقد الاخر من عاقدي الربوا فكانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رد الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق وقوله وكل من له يد حافظة كذا متولي الوقف والاب والوصي ولو سرق منه احد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان لم تكن السرقة بحضرته لقيام الملك وقوله الا ان الراهن استثناء منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا اما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لا سبيل له على اخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان ياخذه وكذا في الايضاح واما عقلا فلان السارق انما يقطع بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمير في بدونه راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن

وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي

وان فهي بناه على اصله ان لاخصومة لهولاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود ح

فكان جواز القطع يجوز بخصومة الراهن امر بقيام المرهون حتى لو يهلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عليه وقضاء الدين

لحصول ولاية الاسترداد ح وزفر والشافعي رح اتفقا في الحكم و اختلفا في تخريج المناظر فالشافعي بناه على اصله ان لاخصومة لهؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده اذا لم يحضر من في يده المال لم يحضر المالك واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يثبت الخصومة وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ الحفظ والثابت بالضرورة تتقدر بقدرها فلا يظهر في حق القطع لان فيه اي في ظهورها في حق القطع تفويت الصيانة لان المال مضمون على السارق فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع للصيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وهو ظ والسرقة قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اي غير ضرورية لان الاعتبار بحاجتهم والموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية لان الاعتبار بحاجتهم الى استرداد اليد وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هولاء اما المستاجر والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع به بالمحل واما المرتهن والمودع فللرد الى المالك تخلصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ فاذا ثبت ان الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر انها ضرورة فلا يظهر في حق القطع وقوله

والمقصود

والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر لشبهة موهومة للاعراض كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة للاذن في دخول الحرز ثابتة وان قطع السارق بسرقة فسرق منه ح

والمقصود من الخصومة اي مقصود صاحب اليد احياء حق المالك و سقوط الضمان بسقوط العصمة من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمني غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعراض جواب سؤال مقدر تقديره ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما في مسئلة قبيل هذا لاحتمال انه لو حضر اقر السارق بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعراض فلا تعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن فان فيه شبهة موهومة القضاء وهو ان يحضر المرتهن ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المرتهن بل يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد رح ان المالك ليس له ان يقطع حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما يسرق من الذي كان عنده فلم يجز ان يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم يحضر مع ان المذكور ثمة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهو الاقرار موجودة وشبهة الاذن بالدخول في الحرز اذا الاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعراض ومع ذلك لا يقطع واجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم يؤثر الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك قال وان قطع سارق بسرقة المسروق اذا سرق

قوله واجيب بان الفرق الخ اقول فيه تردد لان مدار هذا الجواب ان الخصومة شرط لظهور السرقة لعدم الضمان اذا الاقرار لم يكن بالمالك بعد اداء الشهادة وذلك الاعتبار لا دون ان يحضر المالك

وان قطع سارق بسرقة فسرق منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب الضمان عليه بالهلاك فلم ينعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته الى الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق ح

من السارق فاما ان يكون قبل قطع يدي او بعده فان كان الثاني لم يكن له اي السارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثاني اما السارق فلوجهين احدهما ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبة في نفسها والثانية ان يده لم تبق من الايدي التي ذكرناها من ملك ضمان او وديعة وخصومته من جهة صفقته لا يعتبر في القطع واما المالك فللوجه الاول وقوله وللاول اي للسارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته الى الرد واجب عليه وليس له ذلك في رواية اخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن ان يكون يده يد ملك او ضمان او امانة ولم يوجد فان كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع فكذا ضرورة بدون ضمان كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والمودع بالشبهة لعدم القطع ههنا ولهذا فرق المص رح بينهما ومن سرق سرقة فردها على المالك فاما ان يردها قبل الارتفاع الى الحاكم او بعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة بجامع ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء ووجه ظاهر الرواية ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة يعني ان السرقة تظهر بالبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدون الخصومة غير متصور فثبت ان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصومة قد انقطعت بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع

ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة ووجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة ولان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل ح

بدون

واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا تبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء ح

بدون ظهورها وان كان الثاني فقطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك والشيء يتقرر بانتهائه ان يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا انه يبطل لكونها اعني الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق منه والى ابيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا الى امرأته او اجيره مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او امه او جده سواء كانوا في عياله او لم يكونوا كالرد الى نفسه اي واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبها المالك وسلمها اياه او باعه اياه لم يقطع وانما فسر المص رح كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك وقال زفر والشافعي رح يقطع وهو رواية ابي يوسف قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذا وضع المسئلة في ذلك وظهورا لان الغرض انه قضي عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها وبهذا العارض يعني بثبوت الملك للسارق بسبب الهبة او البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة او البيع بهذا احتراز اذا اقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء يعني ان الاستيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع او الرجم او بالجلد في هذا الباب يعني باب الحدود لوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء يعني ان القضاء في هذا الباب لا يفيد شيئا الا بالاستيفاء لان القضاء

وكان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى
ويحفظ عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك ح

للاظهار ولا اظهار هنا لان القطع حق الله تعالى ويحفظ عنده فلو لم يجعل
الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعري عن الفائدة بالكلية وهو باطل
بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق للطالب
على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا فقه تفويض
استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق واذا كان كذلك اي اذا
كان الامضاء من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء كما يشترط
وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون
شرطا لوجوب الوجوب يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض
قبل الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة
والفسق في الشهود فان الحدود لا يستوفى اذا كانت الشهود على هذه
الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره في الاسرار وقوله
وصار كما اذا ملكها قبل القضاء يعني صار الملك الحادث بعد القضاء
قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض فكانه لم يقض
ولئن قال يقول جعلتم الخصومة باقية لتشترط تقديرا في صورة رد
المسروق بعد المرافعة فكانه لم يقض ولقائل ان يقول قبل الاستيفاء
بعد القضاء ولم يكن الاستيفاء تتمة من القضاء حتى اوجبتم القطع و
هيهنا جعلتم الاستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة رافعا لوجوب
الحد وما ذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء
في باب الحدود مطلق لكان في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب
عليه بالاخذ وهيهنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك فكان
شبهة في درء الحد قال وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب

٣١٤

قال وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد انه يقطع وهو قول زفر والشافعي رح
اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان
في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا واذا

هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله يعني قبل الاستيفاء
بعد القضاء بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير
وقوله اعتبارا بالنقصان في العين يعني بان يهلك درهم من العشرة او استهلكه
وهذا بناء على ان المعتبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم
القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع من الاستيفاء
بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد في ظاهر الرواية
اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر ان كمال
النصاب لما كان شرطا في الابتداء يشترط قيامه عند الامضاء من القضاء
والفرق بينه وبين النقصان في العين مضمون عليه اي على السارق
والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الاخذ و
دينا وقت الاستيفاء كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر فغير مضمون
فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا فاذا ادعى السارق
ان العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة وفسره
المصنف رح بقوله معناه بعد ما شهد شاهدان بالسرقة وانما فسره
بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع
بالاتفاق وقال الشافعي رح لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب
الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة والشبهة تتحقق
بمجرد الدعوى لاحتمال الصدق ولا معتبر بما قال انه لا يعجز عنه سارق
بدليل ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح وما من سارق الا ويتمكن من
الرجوع ولكان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان
الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا يلزم الا يكون مورث

لكن التعديل بانهم [illegible]
[illegible]

واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان
بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة
وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان

وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر
لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في
قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وكان يقول أولا لا يقطع لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة ووجه قول الآخر ج

بالشبهة في الحجة القاصرة فمورثا لها في الكاملة والجواب أن الكمال
والمقصود إنما هو بالنسبة إلى التعدي إلى الغير وعدمه وليس كلامنا
فيه وأما بالنسبة إلى المقر فهما سواء وقوله وإذا أقر الرجلان بسرقة
معناه على جهة الرجوع وقوله لأن الرجوع عامل في حق الراجع يعني لعدم
المكذب ومورث للشبهة في حق الآخر لأن السرقة تثبت بإقرارهما
على الشركة فيكون الشبهة فعلا واحدا وقوله لأنه لو حضر ربما يدعي
الشبهة يعني وهي دارئة للحد في نفسه وعن الحاضر ولو قطعنا الحاضر
قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع
ثبوت السرقة على الغائب لأن القضاء على الغائب لا يجوز وكان الغائب
في هذه الشهادة كأنه معدوم والعدم لا يورث الشبهة في حق الموجود
وهذا لأن الشبهة هي الحقيقة الموجودة لا الموهومة على ما تقرر بعد قوله
ولا معتبر بشبهة متوهمة من الاعتراض **قال** وإذا أقر العبد المحجور
عليه إذا أقر العبد المحجور بسرقة مال فإما أن يكون مأذونا له أو محجورا عليه
وكل منهما على وجهين إما أن يكون المال قائما بعينه أو مستهلكا وكل من ذلك
على وجهين إما أن كذبه المولى أو صدقه فإن صدقه يقطع في الفصول
كلها لوجود المقتضي وانتفاء المانع وإن كذبه وهو مأذون له قطعنا
يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الإقرار بمال قائم أو مستهلك ويرد
القائم على المسروق منه وإن كان محجورا عليه فإن أقر بمال مستهلك
قطعت يده عند الثلاث وإن أقر بمال قائم بعينه في يده قال أبو
حنيفة يقطع يده ويرد المال إلى المسروق منه وقال أبو يوسف يقطع
يده والمال للمولى وقال محمد رح لا يقطع يده والمال للمولى حكى عن

الطحاوي

وجه قول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم
حدوث الشبهة على ما مر وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع ويرد السرقة
إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع ج

وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى ومعناه إذا كذبه المولى ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد
مأذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود
والقصاص لا يصح لأنه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن العبد المأذون
له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به
لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور
عليه لا يصح إقراره بالمال أيضا ونحن
نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي
ثم يتعدى إلى المالية فيصح ج

الطحاوي أنه قال سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الأقاويل الثلاثة
كلها عن أبي حنيفة رح فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو
يوسف فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه وأصل
ذلك أن القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة القطع أصل والمال تابع بدليل
أنه يبطل بالتقادم وبدليل أنه لو قال أبغي المال ولا أبغي القطع لم يسقط
القطع وقال أبو يوسف كل منهما أصل أما أصالة القطع فبما قالوا أنه إذا
أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح
إقراره في حق القطع دون المال وأما أصالة المال فلأنه إذا سرق
ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا أن المال أصل لوجب
القطع بدونها لأنه محض حق الله وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد رح
المال أصل والقطع تبع ووجهه ووجه قول أبي يوسف رح في أصالة
المال وإذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى ألفاظ بينها فقوله
في الوجهين يعني فيما إذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا وقوله
في الوجوه كلها أي فيما إذا كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له وفيما إذا
كان المال قائما بعينه أو مستهلكا وقوله لأنه يرد على نفسه يعني فيما
إذا كان أقر بقتل الغير عمدا وطرفه يعني فيما إذا أقر بالسرقة وقوله
يؤاخذ بالضمان يعني في المستهلك وقوله والمال يعني إذا كان قائما في يده
وقوله من حيث أنه آدمي ليشير إلى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمي
مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك والعبد في ذلك كالحر فإقراره فيما
يرجع إلى استحقاق الحد كإقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الإقرار عليه
بذلك وما لا يملك المولى على عبده الإقرار فالعبد فيه بمنزلة الحر

قوله بدليل أنه يبطل بالتقادم أقول فيه بحث

قوله وبدليل أنه لو قال أقول فيه بحث

بينهما

ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير
محمد في المحجور عليه ان اقراره بالمال بط ولهذا لا يصح منه بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقته
تؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت
واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رح

كالطلاق وقوله ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال يعني لما
صح اقراره من حيث انه ادمي يصح من حيث انه مال ايضا بالسراية اليها
لان ادميته لا تنفك عن ماليته وقوله لما يشتمل عليه اي على العبد من
الاقرار لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى
ومثله مقبول على الغير اي وفعل ما كان ضرر الاقرار فيه اكثر مما على الغير
والى الغير يسمع على الغير ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك
الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء
علة تقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث
يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذا الحر المديون المفلس اذا اقر بالقتل العمد وانه
يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرماء وقوله ولا قطع
على العبد في سرقته اي في سرقة مال مولاه وقوله يؤيده ان المال
اصل فيها اشارة الى ما مهد من الاصل وقوله حتى يسمع فيه الخصومة
بدون القطع مثل ان يقول اطلب منه المال دون القطع ويثبت المال
كما اذا شهد رجل وامرأتان او اقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال
ولا يقطع وفي عكسه بان قال اطلب القطع دون المال لا تسمع الخصومة
ولا يثبت القطع دون المال وقوله ولا يصح في حقه اي فلا يصح
اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله والقطع يستحق بدونه اي
بدون المال لان احد الحكمين ينفصل عن الاخر الا ترى انه قد يثبت
المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذا يجوز ان يثبت
القطع بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك وقوله كما بينا
اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي وقوله

حتى لا يسمع فيه الخصومة الا بقول الى بدون الخصومة ولا يثبت القطع وان لم يستهلك القطع كما مر

ولابي يوسف انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه والقطع يستحق
بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في
تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رح ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال رح

فيصح

فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى يسقط عصمة المال باعتباره
ويستوفي القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة
العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق والعين
قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها
على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن

وهذا الاطلاق رح

فيصح المال بناء عليه اي لما صح اقراره بالقطع باعتبار انه ادمي مكلف
صح اقراره بالمال انه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما مهدنا من
اصله وقوله لان الاقرار يلاقي حالة البقاء يريد ان الاقرار بالشيء
اظهار امر قد كان فلا بد من دخول المخبر به سابقا على الاخبار وقوله
حتى يسقط بالرفع لان حتى بمعنى الفاء وقوله باعتباره اي القطع لما
علم من اصلنا ان القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم
في حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير حاله من
التقوم الى عدمه لان المقصود منه انما يكون بالتقوم وكذلك استيفاء
القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود
الاصل وقوله بخلاف الحر جواب عما استشهد به ابو يوسف بقوله
اذا قال الحر الثوب في يد زيد الخ وبيانه ان الحر لما لم يسمع قوله سرقت
من عمرو في حق الرد الى عمرو لا يلزم عدم القطع بل يقطع لانه جعل المقر له
وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يجب رد المال اليه كما عرف ان السارق اذا
سرق المال من المودع يقطع بخصومته وان لم يرد اليه المال واما
ههنا فيجب رد المال الى المسروق منه لزم ان يكون ذلك المال مال المولى
ثم اتفق ابو حنيفة وابو يوسف رح على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا
مال غير المولى فيرد الى الذي اقر بالسرقة منه وقوله ولو صدقه المولى
قدمناه في اول البحث قال واذا قطع السارق والعين قائمة
في يده كلامه واضح قوله كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يعني من
حيث انه يجب قيمته للمالك وقيمة اخرى بجزاء ارتكاب المحظور لله تعالى
وقوله او شرب خمر الذمي على اصلكم فان بالاستهلاك لا يجب عنده

قال المحشي يسقط عصمة المال اقول معارض بما اذا اقر ثم رجع يثبت المال دون القطع وجوابه لا يخفى
اذ لا بقاء اذا رجع قال المحشي واذا قطع السارق والعين قائمة في يده اقول لو اطلق عن قوله في يده
لكان اشمل قال صاحب البدائع والعناية الكافي و لو باع السارق المسروق من انسان او وهبه منه بر
من الوجوب فان كان قائما فلصاحبه ان يأخذه لانه عين ملكه ولو هلك عنده ان يرجع على السارق بالثمن
الذي دفعه لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق
في عين المسروق لانه ارجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته انتهى

وبهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه
انه يجب في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه
ترك الانتهاء عما نهى عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر
مملوكة للذمي ولنا قوله عم لا غرم رح

ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا تظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا ح

ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه لا يقال هذا الحديث يدل على ان العين اذا كانت قائمة لا ترد الا صاحبها لان ذلك لا يسمى غرما وقوله ما يؤدي الى انتفائه اي كان يؤدي الى انتفائه وهو المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع وقوله اذ لو بقي يعني معصوما حقا للعبد لكان مباحا في نفسه لانه عرف بالاستقراء ان ما هو حرام حقا للعبد فهو مباح في نفسه فكان المال للسارق حراما من وجه دون وجه فينتفي القطع للشبهة اذ الشبهة هو ان يكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيجب درؤه بالحديث فاذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه وهذا معنى ما ذكر في المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد كالخمر في حق العبد لا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لان ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفي به القطع تبين ان الحرمة الثابتة والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله الا ان العصمة جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت الى الله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب ان لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رح وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب ان سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى الى غيره وهو الاستهلاك لانه لا ضرورة في حقه لانه ليس من القطع ولا من لوازمه وكذا الشبهة وهو كونه حراما لغيره يعتبر فيما هو السبب وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون لان يجعل السبب الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا يعتبر فيه الشبهة ووجه المشهور وهو عدم وجوب الضمان

وكذا الشبهة يعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر ح

وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم وان حضروا جميعا وقطعت يده لجميعهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان ح

في الاستهلاك كما في الهلاك بان الاستهلاك اتمام المقصود بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوائجه وكان تتمة للسبب لانه فعل اخر فيعتبر الشبهة فيه لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب وقوله وكذا يظهر سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك واقول معناه سقوط العصمة والاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة انه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه احد ضمنه يهلك عنده او استهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق حافظ العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير متقوم به كالدم والميتة والذي يؤخذ من السارق مال معصوم متقوم به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة فكلام المص لا يساعده فتأمل قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها كلامه واضح قوله لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها تثبت ظهور السرقة

لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة ليظهر السرقة فلم يظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة ولا ان الواجب ح ح ح ح

وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند
القاضي فاذا استوفي فالمستوفي كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا
الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد فخاصم في البعض باب

فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لهم واذا لم يقع القطع لهم تبقى
اموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة وله ان الواجب بالكل
اي بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقا لله تعالى وكل ما كان كذلك
يتداخل وقد وجد ذلك والخصومة شرط الظهور عند الحاكم وقد وجد ذلك
ايضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط مراعى وجوده فحسب فاذا استوفي يقع ذلك
القطع الواحد فالمستوفي كل الواجب الا ترى ان نفعه وهو الانزجار يرجع
الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع
يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو ابرأ الواحد عن ضمان الكل نصا
لم يبرأ فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا اجيب بانه كم من شيء يثبت ضمنا
ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ثم ههنا لما وقع القطع
عن الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم
ان وقوع القطع بجميع السرقات بالاجماع وقد علمت بان القطع لا يجتمع
مع الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان
فذلك تناقض وقوله وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد
يعني لو سرق من شخص واحد مرارا فخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فعند
ابي حنيفة رح لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله تعالى اعلم

باب ما يحدث السارق في سرقته

لما ذكر
احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب
احداث الصنعة للشبهة والشبهة ابدا تتلو الباب ذكرا ومن سرق
ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم
قطع قيد بقيدين ان يكون الشق في الدار وان يساوي عشرة دراهم

باب ما يحدث السارق في السرقة ومن سرق ثوبا فشقه
في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف

بعد الشق

وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون
وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك و
انما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ
وكما اذا سرق البائع معيبا باعه
بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة
الملك وهذا الخلاف

بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم
ثم شقه نقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا
شق في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة
قد تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني وعن ابي يوسف رح انه
لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة
وتملك المضمون ولهذا اقتصر المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب
بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من
السارق وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ثم فسخ
البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما ان السرقة
تمت على غير مملوك للسارق لكن ورد عليه سبب الملك ولهما ان الاخذ
اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش فاللام للعهد بدليل قوله ومثله
لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لا نسلم ان له فيه سبب الملك
لان الاخذ الموصوف ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان
فكان له سبب الضمان لا سبب الملك وانما الملك يثبت له ضرورة
اداء الضمان كيلا يجتمع بدلان في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي
هو سبب الضمان لا يورث الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ فانه
يحتمل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم يعتبر شبهة وكما اذا سرق
البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب
الرد وهو العيب فكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو
الشق بخلاف ما ذكر ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه
الخيار للبائع لان سبب الملك فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة الملك

وبهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملك بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدنانير والدراهم الى المسروق منه

وبهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لا بطال الاصل عندكم ان القطع او الضمان كيتعان فاذا اختار تضمين النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب و اورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل بعد السرقة مع انه لا يجب الضمان ومن هذا ذهب بعضهم الى انه اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب ان القطع الباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان للجملة لا لشيء اخر فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى وهذا كله اي هذا الاختلاف مع هذه التفصيلات اذا كان النقصان كله فاحشا وهو ما يفوت بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يفوت به النفع في الصحيح على ما يجيء اتمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وقوله وان سرق شاة فذبحها ظاهر وقوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي ما يساوي عشرة دراهم فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وهو ظاهر وقوله واصله في الغصب يريد انه يتقطع حق المغصوب منه بما المغصوب من الصنعة يتقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطع عندهما خلافا له لهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك يتقطع به حق المالك كما اذا كان

وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل لا يجب على قولهما لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا اخر فلم يملك عينه قال سرق

قال سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فيه لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود

[illegible]

المغصوب صفرا او ضربه قمقمة او حديدا فجعله درعا فانه ينقطع به حق المالك ولكن العين المسروق باق والصفة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتهما الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة فيهما غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك اخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم اولى من الزائد الغير المتقوم وقوله فلم يملك عينه اي عين المسروق في بعض النسخ عينهما اي عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا غيرهما فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات اصله حديث بريرة قال سرق ثوبا فصبغه احمر قال صاحب النهاية رح صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر اي قال لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في السارق سرق الثوب فيقطع به وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال ولا يدل على التعقيب ولكن قول المص رح الا ترى انه غير مضمون الخ انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة وكر المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رح ان الصبغ قائم صورة ومعنى اما صورة فظاهر لان الحمرة فيه محسوسة واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب قائم صورة لتمكنه من الاسترداد لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك والاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما وكون

[illegible]

[illegible]

وان كان صبيه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا ينقطع حق المالك وعند ابي حنيفة رح السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم حدا وان ... ح

الصبغ بان كان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد رح و لا يوخذ عند ابي يوسف رح لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابي حنيفة فلان السواد عنده نقصان فلم يكن من السارق قايم فيه معنى فلا يوجب انقطاع حق المالك واما عند محمد فلان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لكن لا ينقطع حق المالك

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما تسميته سرقة فلان قاطع الطريق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان الماخوذ منه الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان الماخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقامه واما تسميته بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يختص بالملاك باخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في قطاع الطريق واما تاخيره عن السرقة الصغرى لانها اكثر وجودا منه قوله واذا خرج جماعة قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحر والعبد والحر واراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله قتلهم حدا اي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى فاذا اخذ على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب قوله والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي مذهب مالك ان الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة او قوله وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة يعني قوله فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا او يقتلوا نفسا وقوله وان اخذوا مال مسلم او ذمي فان قتلوا

والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله تعالى اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة ورابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات ... ح ح

ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللايق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاول فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناه لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة موبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرف الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناه لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفى الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم او صلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل ح ح

وان لم ياخذوا مالا والرابعة ما نذكر بعيد هذا من القتل واخذ المال وقوله ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال اي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق فاللايق تغلظ الحكم اي الجزاء بتغلظ الجناية لان التخيير لا يلايم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف وبالعكس وهذا خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى وقوله فلانه المراد بالنفي المذكور يعني عندنا فان الشافعي رح يقول المراد به الطلب ليهرب من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له وقوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد اي قال الحسن بن زياد فالشرط ان يكون نصيب كل منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق بالاخذ قطع عضو واحد وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا في عشرين درهما ولنا تغلظ الحد ههنا باعتبار تغليظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال الماخوذ فالنصاب في هذا الحد وحد السرقة سواء وقوله كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء او مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى اما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه يقطع رجله اليسرى وقوله فالامام بالخيار حاصله ان الامام بالخيار في الجمع بين العقوبتين بين قطع الايدي والارجل مع القتل والصلب وبين القتل والصلب ابتداء من غير قطع الايدي والارجل وكذا للامام الاختيار عند اختيار ترك قطع الايدي والارجل بين القتل والصلب فكان الجبار للامام في موضعين وهذا قول ابي حنيفة رح وذكر في الكتاب بقول ابي يوسف معه وقال محمد يقتل

وفي حاشية: ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال اي اول ... عطف على الاحوال ... الاحوال الاربعة واشار الى ... الجنايات ...

وفي حاشية: فيهم تقتلون قصاصا ... ثم قال ...

وقال محمد يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على الناس على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كان في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيتخير فيه ثم قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به

قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة **قال** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه واذا باشر القتل احدهم اجرى الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق **قال** والقتل

او يصلب ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابا يوسف معه لانه اي قطع الطريق جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس دخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف وهو ظاهر التداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنا لا تتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز له ان يترك بعض الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعات الترتيب ليست بواجبة عليه في اجزاء حد واحد وكان له ان يبدا بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني خمس جلدات فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والبعج الشق من حد منع وقوله وعن الكرخي يقتله اي يقتل بالقتل وعن ابي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله توقيا عن المثلة لانها منهي عنها نهى رسول الله عليه السلام عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله بما ذكرنا اي بالصلب ثلاثة ايام **قال** وان قتل القاطع فلا ضمان عليه اذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال اخذه كالسارق فيقطع بعده فكلام واضح وقوله انحازوا اليهم اي انضموا وقوله وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح جعل الامام انتهاء هذه المسئلة من احوال قطاع الطريق والمصنف لم يذكره في الاجمال بل قال هي باربعة كما ذكره وقوله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط عصمة المال بناء على ان ما دون النفس يجري مجرى الاموال وكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم

قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطع الطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط عصمة المال وان اخذ بعد

وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان

يسقط لصار شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد فيه علم ان حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله فان شاء الاولياء قتلوه قصاصا وقوله للاستثناء المذكور في النص يريد قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم واعترض بان قوله تعالى الا الذين تابوا نظيره في قوله واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فيكون استثناء من قوله ولهم في الاخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين واجيب بان قوله فاولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه في التقرير بخلاف قوله ولهم في الاخرة عذاب عظيم واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على اداء المال اولا فان كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله ولان التوبة تتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول فلا يكون علة مستقلة اذ لا يتحقق ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد واجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة وهو الاقلاع في الحال والاجتناب في المال والندم على ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف جمع بين قول المشايخ بهذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام في مبسوطه وقوله ولا قطع في مثله اي في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهو شرط لوجوب القطع وقوله فظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق العبد في النفس

ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه
سقط الحد عن الباقين والمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء
يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار
بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا
كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد وأما ذو الرحم ح

والمال حتى يستوفي ولي القصاص والغرض بان وجوب الضمان بسقوط الحد
وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشائخ
فكيف يتصور الهلاك والاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب بانا نفرض المسئلة
فيما اذا تاب ورد بعض المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك
مال البعض الآخر او يهلك في يده حيث يقع توبته ويجب الضمان واقول هذا انما
يتم ان لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك واما
اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع
انما هو على قول البعض الآخر من المشائخ وقوله وفي عكسه ينعكس المعنى
والحكم يعني اذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب
الحد على الكل وقوله فصار كالخاطئ مع العامد يعني كما اذا رمى سهمهم الى
انسان عمدا ورماه آخر خطأ واصابه السهمان معا ومات منهما لا يجب
القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل المخطئ شبهة في حق العامد
وقوله فقد قيل تأويله ذهب ابو بكر الرازي الى ان المسئلة محمولة على
ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم
من احدهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع
في الواحد امتنع في الباقين واما اذا كان لكل واحد منهم مال على حدة فالحد يجري
عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم
من احدهم مالا ومن حرز اجنبي مالا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم
المحرم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق
ولكل واحد حافظ لماله والاصح انه مطلق الى ليس بمقيد بكون المال مشتركا
لان الجناية واحدة على ما ذكرنا لابي حنيفة وزفر رح فالامتناع في حق البعض

وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية
واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما ح
اشارة الى قوله انه جناية واحدة قامت بالكل كما مر

يوجب

بخلاف ما اذا كان منهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما الامتناع ههنا لخلل في الحرز
والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان شاؤا قتلوا وان
شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار
واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا بالمصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس
يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رح لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب
اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا
بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع لان السلاح لا يلبث والغوث
يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في
المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق
الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا ح

يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان
كل واحد من الفعلين منفصل عن الآخر حقيقة وحكما وقوله بخلاف ما اذا
كان فيهم مستأمن جواب سؤال تقريره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب
الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي
ان يسقط وجود المستأمن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع في حق
المستأمن لخلل في العصمة وهو اي الخلل يخص المستأمن فلا تتعدى شبهته لان
الشبهة في غير الحرز لا يؤثر في الذي لا شبهة فيه كما اذا سرق الخمر وعشرة
دراهم واما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيؤثر شبهة في الحرز
لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان كالزوجة ومن سرق مال الزوج
ومال الاجنبي من بيت الزوج فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله
ومن قطع الطريق الخ وقوله ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه
قدر العدد بين المصر وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله
لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله ومن خنق رجلا بالخنق
من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون
ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي

كتاب السير

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتأدى
بفعل المأمور به الا ان الحدود معاملة مع المسلمين غالبا او على الخصوص في حد
الشرب وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين اولى والسير جمع سيرة
وهي فعلة من السير وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام
في مغازيه قال في المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان
الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازي

ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي مسئلة
القتل بالمثقل وستتبين في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا
في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

قال رض السير جمع
سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد ح

قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تع اقتلوا المشركين
وقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيمة اراد به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد
في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة
ورد السلام والا لم يقم

جمع الغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغازي

قال الجهاد فرض على الكفاية قيل الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق و
القتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حربا
علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما
الفرضية فلقوله تع اقتلوا المشركين وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية وقوله عم
الجهاد ماض الى يوم القيمة اي نافذ من مضى في الارض اذا نفذ فان قيل
كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد اجيب بان خبر الواحد اذا
تايد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وههنا تايد هذا الحديث
بقوله تع فاقتلوا وبالاجماع وفيه نظر لانا لا نسلم انه اذا تايد بالقطعي
افاد الفرضية فان الفرضية ح تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ولا يمكن
ان يقال الخبر لم يذكر للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم
القيمة فان الدلايل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك فخبر الواحد
جاز ان يكون بيانا لمجمل النص واما كونه فرضا على الكفاية فانه ما فرض
لعينه لكونه افسادا في نفسه بتخريب البلاد وافناء العباد لكن لاعزاز
دين الله تع ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن
الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام والمراد بالكراع الخيل وقوله
لقوله تع انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة او شبانا وشيوخا
او مهازيل وسمانا او صحاحا ومراضا والغرض بان قوله تع انفروا خفافا
وثقالا عام فما وجه تقييده بالنفير العام اجيب بانه رفع الحرج ولان
النبي عليه السلام كان يخرج مع تخلف كثير من اهل المدينة فعلم بذلك
اختصاصه بالنفير العام ولان الله تع قال لا يستوي القاعدون من

والا لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من
الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فح يصير من فروض الاعيان لقوله تع انفروا خفافا
وثقالا الاية وقال في الجامع

وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب
على الكفاية واخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل قال
وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على الصبي لان الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة
لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد
ولا اقطع لعجزهم قال هجم

المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى ووجه الاستدلال
ان الله تع وعد القاعدين بمنة الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرضا لاستحق
القاعد الوعيد لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من
يقرب من العدو وهو يقدر عليه واما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم
الا اذا احتيج اليهم اما لعجز القريب عند المقاومة مع العدو واما بالتكاسل
فح يفترض على من يليهم ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا
وغربا على هذا التدريج وقوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب
على الكفاية اراد بالاول قوله الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة اذ
الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان المجموع المستثنى والمستثنى منه
اشارة الى ذلك واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام قال
وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا قتال الكفار الذين امتنعوا عن
الاسلام واداء الجزية واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات الواردة
في ذلك كقوله تع فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب
عليكم القتال ونحوها فان قيل العمومات معارضة بقوله تع وان قاتلوكم
فاقتلوهم فانه يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال اجيب
بانه منسوخ وبيانه ان رسول الله عم كان في الابتداء مامورا بالصفح و
الاعراض عن المشركين بقوله تع فاصفح الصفح الجميل واعرض عن المشركين
ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تع ادع الى سبيل
ربك بالحكمة والموعظة الحسنة الاية ثم اذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم
بقوله تع اذن للذين يقاتلون وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم امر بالقتال
ابتداء في بعض الازمان بقوله تع فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الاية

فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى
لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم
بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج قال ويكره

قال ويكره الجعل مادام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة الیه لان مال بيت المال معدّ لنوائب المسلمين قال فان لم يكن
فلا باس بان يقوى بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عم اخذ دروعا من صفوان وعمر رض
كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد باب كيفية القتال واذا دخل المسلمون
دار الحرب فحاصروا مدينة اوحصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رض ان النبي عم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام
قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال النبي عم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث
قال فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به
امر رسول الله عم امراء الجيوش و
لانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق
به النص وهذا في حق من يقبل منه
الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين و
عبدة الاوثان من العرب لا فائدة في
دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم
الا الاسلام قال الله تع تقاتلونهم او
يسلمون
قال فان بذلوها ﻫ

ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها فقال وقاتلوهم
حتى لا تكون فتنة قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله واليوم الاخر وقوله ولا يجب
القتال على صبي ظ وقوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء اراد بالجعل ما
يضرب الامام للغزاة على الناس ما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد لانه
يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها وقوله
يغزي الاعزب يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل
عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء في الحديث وهو شاب اعزب والشخوص
من الذهاب من بلد الى بلد باب كيفية القتال لما كان
الامر الاول في باب الجهاد والقتال بداء بييان كيفيته المدينة معروفة
والحصن بكسر الحاء مكان محمي محرز لا يتصل اليه في جوفه والمدينة اكثر
من الحصن وقوله دعوهم الى الاسلام قبل لا يحلوا من ان يقاتلوا
قوما بلغتهم الدعوة اولم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تع
وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان
النبي عليه السلام اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل
بالصلاة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال وقوله كفوا عن
قتالهم اي امتنعوا عن قتالهم او امتنعوا انفسهم عنه فكف لازم ومتعد
وقوله على ما نطق به النص يعني قوله تع قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى
ان قال حتى يعطوا الجزية عن يد وقوله وهذا في حق من يقبل منه
الجزية ظ وقوله فنكفي بالنون على بناء المفعول مؤنة القتال بنصب
مؤنة على الفعل الثاني وقوله للنهي اشارة الى ما روى انه عم بعث
عليا رض في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله لعدم

قال بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم
كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القران ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام
الا بعد ان يدعوه لقوله عم في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على
الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفي مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي
ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان وتستحب

وتستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عم اغار على بني المصطلق
وهم غارّون وعهد الى اسامة رض ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال فان
ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عم في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى
اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تع هو الناصر لاوليائه المدمر على اعدائه
فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا
عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عم
على الطائف وحرقوهم لان النبي عم
احرق البويرة قال وارسلوا
عليهم الماء وقطعوا اشجارهم و
افسدوا زروعهم لان في جميع ذلك
الحاق الكبت والغيظ وكسر
شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون
مشروعا ولا باس ﻫ

العاصم اي الواجب للغرامة وهو الدين على مذهب الشافعي رح والاحراز
بالدار على مذهبنا وقوله مبالغة بالانذار لان النبي عليه السلام اذا قاتل
قوما من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلاة ثم دعا بعد الفراغ جدد الدعوة
وقد قدمناه وقوله اغار على بني المصطلق اي اوقعهم من جانبهم
بالهجوم عليهم وهم غارّون اي غافلون وابنى علم موضع بالشام وقيل
اسم قبيلة والغارة لا تكون بدعوة لان فيها ستر الامر والاسراع لانها
اسم مصدر للاغارة التي هي مصدر اغار الثعلب والفرس اغارة وغارة
اذا اسرع في العدو وقوله البويرة على وزن دويرة موضع الدار
والكبت هو الذل والهوان وقوله وان كان فيهم اسير او تاجر رد
لما قال الحسن بن زياد انه اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا لم يحل له
ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان
للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم
او في بعض هذا الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة
الاسلام اي مجتمعه للشبه المعنوي بينهما وبين بيضة النعامة وغيرها لان
البيضة مجمع الولد وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص واذا اجتمعا تقدم دفع
الضرر العام ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم اسير او تاجر
ولو امتنع عن الرمي باعتباره لانسد بابه اي باب الجهاد وقوله
لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام وقوله وما
اصاب منهم لا دية عليهم ولا كفارة يعني عندنا وقال الحسن بن زياد
وهو قول الشافعي رح فيه الدية والكفارة وهو يعتبر صورة قتل الخطاء
لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة

ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام
وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قل ما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا
بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا
فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه ﻫ

وما اصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة
لانه لا يمتنع من فيه الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال
ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة
والغالب كالمتحقق ويكره ح

حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ولا دية ولا
كفارة فيه ولما ان الجهاد فرض وكل ما هو فرض فالغرامات لا تقترن به لان
الفرض مامور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما
منافاة فان قيل هذا التعليل في معارضة قوله عم ليس في الاسلام دم
مفرج اي مهدر فيختص صورة النزاع بما قلنا اجيب بانه عام خص منه البغاة
وقطاع الطريق والتعليل في مقابلة النص بط اجيب بانه عام خص منه
البغاة وقطاع الطريق فيختص صورة النزاع بما قلنا وفيه نظر لان الزوال
شرط وهو ممنوع اقول قوله عم ليس في الاسلام معناه ليس في دار الاسلام
دم مفرج وما نحن فيه ليس بدار الاسلام وقوله بخلاف حالة المخمصة
جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق النافي لضرورة اقامة الجهاد
لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب
الضمان وتقرير الجواب ان الجائع تقدم على التناول عند رفع الخطر وان
كان فيه ضمان من احياء نفسه وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان
اما الجهاد فبني على اتلاف النفس اي نفس سواد الكفار وقد يكون فيهم مسلم
فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز
كما لا يجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني البكر من
الجلد لئلا يمتنع القاضي عن تقليد القضاء ويجوز ان يكون معناه الجهاد مبني
على اتلاف النفس مطلقا لان الحربي اذا امان يقتل وقد يصادفه المسلم او يقتل
فلو ازمنا الضمان امتنع عن جهاد الفرض لكونه خاسرا في كلا الحالين بخلاف
ما اذا لم يجن وقوله حذار الضمان منصوب على المفعول له قال ولا
باس باخراج النساء والمصاحف كلامه واضح سوى ما نبه عليه السرية

ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف
فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عم لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل ح

ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن
في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة
ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة
وان كانوا لابد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المراة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا
الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي
للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا و
لا يمثلوا لقوله عم لا تغلوا ولا تغدروا
ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم
والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة
المروية في قصة العرنيين منسوخة
بالنهي المتاخر هو المنقول ولا يقتلوا ح

جماعة
عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون النهار وعن ابي حنيفة رح اقل السرية
مائة وقال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية اربعمائة ولو
بعث مادونه جاز وقال الحسن بن زياد من قبل نفسه اقل السرية اربع
مائة واقل الجيش اربعة الاف وقوله وهو التاويل الصحيح لقوله عم
لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو رواه ابن عمر وانما قيد التاويل بالصحيح احترازا
عما قال ابو الحسن القمي الذي كان في ابتداء الاسلام لقلة المصاحف
وكذا روى الطحاوي وقوله لما بينا اشارة الى قوله في الباب السابق
لتقدم حق المولى والزوج وقوله الا ان يهجم استثناء من قوله لا تقاتلوا
يعني عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرضا ولا يظهر حق المولى و
الزوج عنده وقوله والمثلة المروية يقال مثلت بالرجل امثل به
مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه وما اشبه ذلك وقصة
مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتاخر روى عمران بن الحصين
ان رسول الله عم ما قام خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على
الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد
الحرمة قوله ولا شيخا فانيا قال في الذخيرة هو الجواب في الشيخ الكبير
الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا
يقدر على الاحبال ولا يكون من اهل الراي والتدبير اما اذا كان يقدر على
ذلك يقتل لانه يقتاله محارب وبصياحه يحرض على القتال وبالاحبال
يكثر المحارب وقوله لان المبيح عنده اي للقتال الكفر وعندنا هو الحراب
وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج
وقيل المراد بالذراري ههنا النساء وقوله هاه كلمة تنبيه اف ح

ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم
ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ
الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عم نهى عن قتل الصبيان والذراري
وحين راى النبي عم امراة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون ح

قال الا ان يكون احد هولاء ممن له رأي في الحرب او يكون المرأة ملكة فيتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هولاء دفعا لشره
ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا المجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان
وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره
ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تع وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه
الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه
حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره
من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب
قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به
لان مقصوده الدفع الا ترى لو شهر
الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه
دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا
اولى

قال المص بقوله تع وصاحبهما في الدنيا معروفا وما اورد قد سبق في كتاب النفقة من الكتاب انه لا يجب الانفاق على الابوين الحربيين

باخرها هاء السكت وقوله الا ان يكون احد هولاء ممن له في الحرب كما صح ان
رسول الله عم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة
وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأي وقوله فهو في حالة
افاقته كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل او لم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل
لكنه انما يقاتل في حال افاقته لانه ممن يقاتل ويخاطب وقوله امتنع عليه اي
يتقف عنه ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله
لان مقصوده الدفع

باب الموادعة ومن يجوز امانه

الموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة وهي من الودع وذكر ترك القتال بعد ذكر
القتال ظاهر المناسبة وقوله وكان ذلك مصلحة قيل عليه بان قوله تع وان
جنحوا للسلم ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به على المدعى واجب
بان هذه الاية محمول على ما اذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل اية
اخرى وهي قوله تع فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الايات
الموجبة للقتال والالزام التناقض لان موجب الامر بالقتال يخالف موجب
الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكرنا وبدليل موادعة رسول
الله عم اهل مكة على ما ذكر في الكتاب ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشر
سنين فكانت هذه المدة من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان
لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وتنقص وقوله
لتعدي المعنى يعني دفع الشر وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام
ان يوادعهم عملا بقوله فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان الموادعة ترك الجهاد
صورة ومعنى اما صورة فظ حيث تركوا واما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة
للمسلمين لم يكن في تلك دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى ايضا وقوله نبذ اليهم

باب الموادعة ومن يجوز امانه واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة
للمسلمين فلا بأس به لقوله تع وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله عم اهل مكة عام الحديبية على ان
يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل
ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى   وان صالحهم

وان صالحهم مدة ثم رأى ان نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة
ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر
وقد قال النبي عم في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن
ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال وان بدأوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ
اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق
ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد
ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية
يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه
بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو
كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد
لانه باتفاقهم معنى واذا رأى الامام
موادعة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك
مالا فلا بأس لانه لما جازت الموادعة بغير
المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين
حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بيناه من قبل
والمأخوذ

نبذ الشيء من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه
طرح له وقوله نبذ اليهم اي بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله عم
في العهود وفاء لا غدر اي فيها وفاء وقوله ولا بد من اعتبار مدة لقوله تع
واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم
في العلم بذلك حتى فانه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك
ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر وقوله
لما بيناه من قبل يعني من قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله اذا لم ينزلوا
بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفر للحرب وقوله لانه مأخوذ بالقهر
معنى فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال وقوله
لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة وقوله الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه
ونفس سائر المسلمين فحينئذ لا بأس بدفع المال لما روي ان المشركين لما احاطوا
بالخندق وصار المسلمون الى ما اخبر الله تعالى عنهم بقوله هنالك ابتلي المؤمنون
وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله عم الى عيينة بن حصين يطلب
منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فأبى الا النصف
فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله عم قام سيدا الانصار سعد
بن عبادة وسعد بن معاذ وقالا يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض ما
امرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا
ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون الا بشراء او قرى فاذ اعزنا الله بالدين ارسل
فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عم اني رأيت
العرب رمتكم عن قوس واحد فاردت ان اصرفهم عنكم وان ابيتم ذلك
فانتم وذاك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فعند ما قال رسول الله عم الى الصلح

والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش
بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظروا
في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين
ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام
لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن   ولا ينبغي

ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عم نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عم امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل واذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه

في الابتداء لما احس بالضعف بالمسلمين ثم رأى القوة فيهم بما قال السعداني امتنع من ذلك وقوله باي طريق تمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر او بقتل غيره او بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو رخصة فيه حتى لو قتل فيها بالصبر عنها كان شهيدا واجيب عنها بان مع الكلام بانه طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها واقول الواجب يمنع الثابت فيندفع به وقوله ولا يجهز اليهم اي لا يبعث التجار اليهم بالجهاز وهو تاجر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد وقوله لما بينا يعني قوله لان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار اهله اي اتاهم بالطعام

فصل لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح وقوله ويسعى بذمتهم اي بعهدهم وامانهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد لانه لا اقل منه وبما فسر الادنى بالاقل احترز عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه جعل من الدناءة والعبد ادنى المسلمين وقوله ولانه اي ولان كل واحد من الرجل والمراة من اهل القتال اما الرجل فظ واما المراة فبالتسبيب بالمال او العبيد واما قوله عم هاه ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها وقوله لملاقاته اي لملاقاة الامان محله لان محله هو محل الخوف وهو موجود فيها على ما ذكرنا وقوله ثم يتعدى الى غيره اي غير الذي امن من اهل الاسلام كما في شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره مرتب وقوله ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان اي التصديق بالقلب

قوله عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح قال الا ان

يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا

فكذا الامان لا يتجزى فاذا تحقق من بعض فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من احد الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سبب ولايته وهو القرابة غير متجز فلا يتجزى الولاية فكذلك ههنا واعلم ان المص رح استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في احدهما كونه من يخافونه وفي الاخر الايمان والاول يقتضي عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والصبي والثاني يقتضي جوازه ولو جعلها علة واحدة بحذف الواو من الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن ان يجعل الاول علة والاخر شرطا وسماه سببا مجازا والشيء ينتفي على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا وقوله الا ان يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم وقوله وقد بيناه يعني في باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الخ والبه اشار الصا بقوله لما بينا قيل قوله ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش تكرار محض لانه علم ذلك مجملا من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة واقول يجوز ان يكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز ان يكون اعادة تمهيدا او توطئة لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رايه اي لسبقه على راي الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالراي وهو افتعال من الفوت وهو السبق وقوله ولا يجوز امان الذمي لانه متهم بهم اي بالكفار للاتحاد في الاعتقاد وقوله لا يصح امانه لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف قال ولا يجوز امان العبد اتفق العلماء على ان امان الماذون صحيح لما روي ان عبدا

قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد

وهو قوله والامان يختص بمحل الخوف

وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعي وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان
رواه ابو موسى الاشعري رض ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الامان ثم الايمان
لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق
جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول

كتب على سهمه بالقتال سنة من تشب ورمى به الى قوم محصورين فرفع
ذلك الى عمر رض فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد
كان مقاتلا لان الرمي فعل القاتل واما العبد المحجور عن القتال فلا يصح امانه
عند ابي حنيفة رح ويصح عند محمد والشافعي رح وذكر الكرخي رح قول ابي
يوسف مع محمد رح واعتمد عليه القدوري رح في شرحه وذكر الطحاوي رح
مع ابي حنيفة وهو الظاهر واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدل لمحمد
بالحديث ظاهر وقوله لانه مؤمن ممتنع اي ذو قوة وامتناع اشارة
الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته وهو الخوف لان الخوف
انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله وبالمؤبد من الامان يعني عقد الذمة
فان الحربي اذا اعقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه
صح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى تجري عليه
احكام الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقضاء ضمانه وغير ذلك
وقوله والايمان لكونه شرطا للعبادة يعني شرطنا الايمان في قولنا
ولانه مؤمن ممتنع ليصح امانه لانه شرط للعبادة والجهاد عبادة وهذا
هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا وقوله
والتأثير اعزاز الدين يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون
له اعزاز الدين واقامة المصلحة الى اخره وتحقق هذا ان الوصف المؤثر
في امان العبد المأذون له الامتناع وشرط الايمان وهذا الوصف معدل
لظهور اثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في
غير هذا الحكم وهو الامان في الحر واذا وجد في المحجور عليه صح تعديته اليه
كما في سائر الاقيسة وقوله وانما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل جواب

عما قال

ولابي حنيفة رح انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون في القتال
لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسابقة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه
والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضي به
والخطاء نادر لمباشرته القتال
وبخلاف

عما قال الاصل في الجهاد هو المسابقة وهو لا يملكه فلا يملك الامان ايضا
وتقريره انما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك
ذلك ولا تعطيل لمنافعه في مجرد القول وقوله ولابي حنيفة رح انه محجور
عن القتال فلا يصح ان يكون امانه وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الا
متناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون معارضة
وهو الظاهر كلام الشيخ وتقريره انه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال
لا يصح امانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر فان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده
ولا عدمه فان الكفار من اين يعلمون انه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه و
الجواب ان ذلك يعلم بترك المسابقة فانه لما رأوه شابا مقتدرا على القتال
مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا انه ممنوع عن ذلك ممن له
المنع ولو قال المصنف رح انه محجور عن القتال والامان نوع قتال لكان
اسهل ابتناء لمذهب ابي حنيفة رح فتأمل وقوله وفيما ذكرناه يريد انه
تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر وقوله وفيه سد
باب الاستغنام اي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا عن
الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله بخلاف المؤبد
جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة لانه اي الامان المؤبد
خلف عن الاسلام وهي نفع ولانه مقابل بالجزية وهي نفع لانه مفروض عند
مسئلتهم ذلك يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم
اليه واسقاط الفرض نفع فافترقا وقوله على الخلاف يعني على قول ابي
حنيفة رح لا يصح امانه وعند محمد يصح وقوله فالاصح انه يصح بالاتفاق
اي باتفاق اصحابنا ليس على الخلاف لانه تصرف دائر بين النفع والضرر

وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك
واسقاط الفرض نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى
الخلاف وان كان مأذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق

باب الغنائم

باب الغنائم وقسمتها وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهرا فهو بالخيار إن شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله عم بخيبر وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضه ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار أما في المنقول

فيملكه الجيش بعد الإذن

باب الغنائم وقسمتها

أورد باب الغنائم عقيب فصل الأمان لأن الإمام بعد المحاصرة إما أن يؤمنهم أو يقتلهم ويغنم أموالهم فلما فرغ من ذكر الأمان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها أن تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهرا قال في النهاية وقوله قهرا ليس بتفسير له لغة لأن عنا يعنو عنوا معناه ذل وخضع وهو لازم والقهر متعد بل يكون هو تفسيرا من طريق شعور الذهن لأن من الذلة يلزم القهر أو لأن الفتح بالذلة مستلزم للقهر فهو بالخيار إن شاء قسمه أي قسم البلدة يعني أهل البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله عم بخيبر وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كذا فعل عمر رضه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضه فإن قيل قد خالفهم في ذلك جماعة أجاب بقوله ولم يحمد من خالفه يريد به نفرا يسيرا منهم بلال فدعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف أي ماتوا جميعا وفي كل من ذلك قدوة فيتخير ولقائل أن يقول لا نسلم أن أحدا من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعل رسول الله عم إذ لم يصل إلى حد الإجماع والجواب عنه من وجهين أحدهما أن فعل النبي عم إذا لم يعلم أنه عم على أي وجهة فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الإباحة وح لا يستوجب العمل لا محالة فإذا ظهر دليل الصحابة جاز أن يعمل بخلافه والثاني أنه على تقدير أنه عم فعل ذلك وجوبا فإن عمر رضه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤوا من بعدهم بعد قوله تعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى الآية

فيكون

أما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد به الشرع وفي العقار خلاف الشافعي لأن في المن إبطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولأن فيه نظرا لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مقطوعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد

فيكون ثابتا بإشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الإمام كالواجب المخير كما في خصال الكفارة ففعل النبي عم أحدهما وعمر فعل الآخر وقيل في التوفيق بينهما أن الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين كما فعل النبي عم فإنه كان عند حاجة المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل عمر رضه ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا أي إقرار أهل البلد بالمن عليهم في العقار أما في المنقول المجرد فلا يجوز وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية بالعقار وذلك في قوله بعد هذا وإن من عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل وقوله لأنه لم يرد به أي بالمن الشرع فيه أي في المنقول المجرد وفي العقار خلاف الشافعي فإنه لا يجوز المن فيه قال لأن في المن إبطال حق الغانمين عنده لأن حقهم قد ثبت وتأكد بالإحراز فقد ثبت وتأكد فقد يختار تحريزا يعني البلد وإن الاصطلام أحكام الإسلام فيها وليس للإمام ذلك أو ملكهم يعني عنده فإن الملك قد ثبت لهم بنفس الإحراز فلا يجوز فإن قيل الخراج يعادله يعني إبطال كل واحد من الحق والملك من غير بدل يعادله أجاب بقوله والخراج غير معادل لقلته فإن قيل ما الحق أو الملك ثبت في رقابهم أيضا وجاز له أن لا يقسمها أجاب بقوله بخلاف الرقاب يعني أن حقهم لم يتعلق بها لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل فكذا له أن يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لأنها خلفت في الأصل جزاء أو الملك يثبت بعارض فالإمام إذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل فإذا جعلهم أحرارا فقد أبقى حكم الأصل فكان جائزا والحجة عليه ما رويناه يعني من فعل عمر رضه وقوله ولأن فيه نظرا يعني أن تصرف الإمام وقع على وجه

والخراج ان قيل جالا فقد جل ما لا الدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي بدفع اليهم من المنقولات بقدر ما
يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهية **قال** وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه
حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا
ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ح

النظر باقرار اهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن
الجهاد فكان يكثر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك البعض واذا تركها في
ايديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالاكرة اي الزراع عن العاملين للمسلمين
العارفين بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع العمل انه ما يحظى به الذين
يأتون من بعد كان فيه نظر الاكالة فيكون جائزا وقوله والخراج
وان قيل جواب عن قوله والخراج غير معادل لغلته وتقرره الخراج وان قل
حالا لكونه بعض ما يمكن ان يخرج في سنة فقد جل مالا الدوامه بوجوبه كل
سنة وقوله وان من عليهم ظ وقوله ليخرج عن حد الكراهية معناه
ما قاله الامام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم البناء والذرية
وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال
ولا يقاتلهم بدون ما يمكن به توجيه العمل الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل
في الاراضي قال وهو في الاسارى بالخيار الامام فيما حصل تحت يده من
الاسارى مخير بين الامور الثلثة ان شاء قتلهم لانه ع م قد قتل عقبة
بن ابي معيط والنضر بن الحارث بعد ما حصلا في يده وقتل بني
قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان اسلموا اسقط عنهم القتل لانه عقوبة
وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل وان شاء استرقهم
لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فان اسلموا بعد
ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزاء للكفر الاصلي على ما عرف بخلاف
ما اذا اسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق ايضا لانه
صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ
وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من فعل عمر رض فان قيل

فاقتلوا

ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان
يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادي
بالاسارى عند ابي حنيفة وقالا يفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر
والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه
اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه
غير مضاف الينا والاعانة بدفع
اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة
ح

فاقتلوا المشركين ينافي ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه ترك العمل به في حق اهل الذمة
والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رض وقوله الا مشركي العرب استثناء
من قوله وان شاء تركهم احرارا ولقائل ان يقول بهذه الادلة تدل على وجوب على
خلاف المدعى لان المدعى هو ان يكون الامام مخيرا بين الامور الثلثة والادلة تدل
على وجوب كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة
ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول واقوى ثم
استدل بما فعل عمر رض بقوله لما بينا وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله واجبا
او الالزام التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور
واجب والامام مخير بينها كما في الواجب المخير وقوله ولا يجوز ان يردهم ظ وقوله
ولا يفادي بالاسارى المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته
ومنه قوله ولا يفادي بالاسارى اي لا يعطي اسارى الكفار ويأخذ منهم اسارى
المسلمين او المال عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد يفادي بهم اسارى
المسلمين ولا يجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما اظهر الروايتين عن
ابي حنيفة وجه ذلك ما ذكره ان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به
وقوله وله ان فيه تقوية وفي بعض النسخ معونة ظاهر وتجويز ان يجيز هذا
في مبرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرمي عند التترس
بالمسلمين واما المفاداة بأخذ المال منهم في اطلاق اسراهم فلا يجوز في المذهب
من مذهب اصحابنا لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفر وعودهم حربا علينا و
في السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر و
سيجيء جوابه وقوله ولا يجوز المن عليهم المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان
يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافا للشافعي فانه يقول من

اما المفاداة بمال يأخذه منهم فلا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين
حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادي بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت به
نفسه وهو مأمون على اسلامه **قال** ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى خلافا للشافعي فانه يقول من رسول الله ع م
على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تع ح

الا اذا كان على اسلامه بالرد (؟)

اي بالمفاداة بمال يأخذه منهم [illegible]
للكفرة لانه يعود حربا [illegible] معونة
علينا [illegible]

لانه جاء منه دينه فلا يكون
مضافا الينا ضعفنا الا ودفعنا اليهم
اليهم يكون تكثير سوادهم وتقويتهم
مضافا الينا ضعفنا لانا دفعنا اليهم ناج

[illegible]

ولنا قوله تع اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة
وعوض وما رواه منسوخ بما تلوناه واذا اراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها
وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي يتركها لانه عم نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان
يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان
بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في
موضع لا يطلع عليه الكفار

رسول الله عم على بعض الاسارى يوم بدر يعني ابا عزة الجمحي ولنا قوله تع
فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق
فيه للغانمين فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض كسائر الاموال المغنومة
وما رواه من المن على ابي عزة فهو منسوخ بما تلوناه وكذلك قوله تع فاما منا
بعد واما فداء وكذلك قصة اسارى بدر لان سورة براءة آخر ما نزلت
وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تع فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم و
كان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد اجمعوا على انه خص منه الذمي والمستأمن
فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهم او بحديث ابي عزة او غيرها والجواب ان
قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستأمن
لعدم استحقاق رقبته وحديث ابي عزة مقدم على الاية وغيرها غير موجود او غير معلوم
فلا يصح التخصيص بشيء من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والغنم والبقر والمأكلة
بضم الكاف وفتحها بمعنى وكلامه ظاهر قال ولا يقسم غنيمة في دار الحرب قسمة
الغنيمة في دار الحرب لا يجوز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف جاز والتأخير الى
الخروج الى دار الاسلام احب الي وقال الشافعي لا بأس بذلك والاصل ان
الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني
على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية اي كفاية المنتهي منها ان
الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة او باع احد الغزاة فانه لا يصح عندنا
لعدم الملك وكذا لو اتلف احدهم شيئا في دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات
احدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم
في الغنيمة وقوله وله ان سبب الملك ظ وقوله والثاني اي اثبات اليد
الناقلة الى دار الاسلام منعدم لعدم تمامه اي لعدم القدرة على الاستنقاذ

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي رح لا بأس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا
يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت وتبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية
[illegible] له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات
اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل
تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر ثم قيل

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه
وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد رح فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجوز القسمة في دار الحرب
وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز
فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة قال واذا

اي محمد في السير الكبير

ووجوده اي وجود الاستنقاذ ظ لكون المسلمين في ديارهم قوله ثم قيل
موضع الخلاف اي ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون
الاجتهاد وهل يثبت الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الاكل والوطي وساير
الاستمتاع اولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله لان حكم الملك لا يثبت
بدونه اي بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت الملك المستلزم
للعلم بجواز القسمة فعنده مرتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاده فيلزم منه
ثبوت الملك وعندنا ليست بمترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك
علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول
عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة
عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم
مجتهدا جاز بالاتفاق وقوله وقيل الكراهة اي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب
على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة المدد فيقل رغبتهم
في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكثر العدو على بعضهم وهذا امر وراء ما
يتم به القسمة فلا يمنع جوازها وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة
وابي يوسف لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام
وفيه نظر لان هذا يشير الى ان قول محمد على خلاف قول ابي حنيفة في القسمة في دار
الحرب وليس بمشهور فانه لا اختلاف بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا وفي غير ظاهر الرواية
الافضلية منقولة عن ابي يوسف كما ذكرناه وايضا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف
لا يجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع
لا يخلو عن تسامح والمخلص عنه ان تم ان يقال ان المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب
فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام المرتبة

قال والردء والمقاتل سواء في العسكر لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي رح بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او بيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد قال ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رح في احد قوليه يسهم لهم لقوله عم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد

ولنا انه لم يوجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رض او تاويله ان يشهدها على قصد القتال والامام يكن رح

على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة انما يصح على قول الاولين ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح الا انه تقاعد عند سلب الجواز بالاتفاق واما عند الشافعي فيجوز مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك فلما تقاعد عن اثبات الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمار قال والردء والمقاتل في العسكر سواء الردء وهو العون والمقاتل وهو المباشر في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء لاستوائهم في السبب وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا او شهود الوقعة عند الشافعي على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا من استوائهم في السبب وقوله واذا لحقهم المدد ظ وقوله بناء على ما مهدناه من الاصل يريد ما مر ان سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز واذا شارك المدد الجيش في الاحراز الذي يتم به السبب شاركوهم في تاكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حالة القتال وانما ينقطع المشاركة بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع شركة المدد وقوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة باطلاقه يفيد نفي السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو الا ان يقاتلوا فلهم السهم وقال الشافعي يسهم لهم في قول لقوله عم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد وقوله ولنا انه لم توجد المجاوزة واضح وما رواه من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة موقوف على عمر رض ومثله ليس بحجة عنده لانه تقليد الصحابي او تاويله ان يشهدها على قصد القتال الا ترى ان الكفار يشهدونها وليس لهم شيء والامام يكن للامام حمولة يعني الحاء ما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل

وان لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رض هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان رح

ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة فصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بينا الاصل ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رض ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الاخرى وجه الاول انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عم في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان رح

قال المص ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا اقول اي لا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب لدوابهم العلف والمفعول لها محذوف قاله علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا اعطى العلف

او جاز قسمها بين الغانمين قسمة ابداع وكلامه واضح وقوله لانه ابتداء اجارة اي من كل وجه وبهذا احتراز عن اجارة مستانفة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضاء المالك وقوله وصار كما اذا نفقت دابته يعني في كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله ويجبرهم في رواية السير الكبير وتكون الاجرة من الغنائم يبدا به قبل الخمس لان في هذا الاستيجار منفعة للغانمين فهو كاستيجار لسوق الغنم والرمكة وهي اصحاب الحمولة لا تمنع صحة الاستيجار لان شركة الملك هي التي تمنع صحة الاستيجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال وقوله ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة واضح مما تقدم وقوله لا ملك قبل الاحراز فيه نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم اذ بكل منها يتم الملك والجواب انه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ما ذكره هنالك وان ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للامور الاصلية وقوله وقد بيناه اي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب وقوله ولا باس بان يعلف العسكر اي دوابهم العلف في دار الحرب وقوله لم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره وقد شرطها يعني محمد في رواية هي رواية السير الصغير ولم يشترطها في الاخرى هي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وعلف ظهره اي دابته ولفظ الظهر مستعار للدابة والمرق الطعام ويعتبر حقيقتها اي الحاجة في السلاح وقوله والدابة مثل السلاح يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب اما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب قيل وليس بصحيح لان القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب فلتعذر النقل

ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالزيت والسمن

قال ويستعملوا الحطب ... من الطعام ما هو المحتاج للاكل كله

قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله لا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام

بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن ح

الى دار الاسلام جاز استعماله كما في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن الماكول كالزيت لانه لما كان ماكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن ماكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة وقوله ويوقحوا به الدابة التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونعل من المقح بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرانا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطا لان الاول ههنا اولى واليوم قلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو متناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطا وقوله وتاويله اه اضاف المصنف التاويل لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى اخره وقوله ولا يجوز ان يبيعوا اي لا يجوز ان يبيعوا بالذهب والفضة ولا يتمولونه اي يبيعونه بالعروض وقوله على ما قدمناه يعني انه لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله يباح له الانتفاع في الفصلين اي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب قال ومن اسلم منهم انما احتاج المصنف الى قوله معناه في دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستامن دخل دارنا بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده واموالهم كلها في والفيء ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وقوله ان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق لانه يقع جزاء الاستنكاف عن عبادة ربه لانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بان صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت الاسلام لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم وقوله واولاده الصغار وكل مال منصوبان بالعطف على مفعول احرز وقوله في يد صحيحة احتراز عن

قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عم من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي رح هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب

فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا

وقيل هذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف الاخر وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها في خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل ح

من يد الغاصب وقوله محترمة احتراز عن يد الحربي وقوله وقيل هذا اي كون عقاره فيئا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه فيء في قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف استحسن في العقار ان اجعله لانه ملك محترم اذ ذاك وقوله عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف لان اليد على العقار انما يثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده لقلتهم وعند محمد يثبت وزوجته فيء لانها كافرة لا تتبعه في الاسلام فان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولم تصر مسلمة تبعا لزوجها اذ هو من باب الاعتقاد وكذا حملها فيء خلافا للشافعي في الحمل هو يقول الا ترى انه لا يجوز ان يستثنى الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى بعض اجزائها اي الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم لا يسترق كما لو كان المنفصل ولنا انه جزؤها وقد صارت فيئا بجميع اجزائها الا ترى انه لا يجوز ان يستثنى الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى سائر اجزائها فلما كان الحمل لا يصير عند اعتاق الام مستثنى بحال فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت

جواب عن قوله انه مسلم تبعا لتحقق الرق في الام وقوله والمسلم محل للتملك تبعا لغيره جواب عن قوله انه مسلم تبعا اذ المسلم انما يكون محلا للتملك مسلما انه يسلم تبعا لغيره كما لو تزوج المسلم امة الغير والام كان الولد رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما باسلام ابيه وقوله بخلاف المنفصل جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله واولاده الكبار فيء ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار وهذا فيء وهذا يقابل فيخلف بانهم ابناءهم صح ح

وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست محترمة اعترض بان ما قام مقام غيره فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع كان المسلم كان الواجب ان يكون يده كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي واجيب بان قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقي ينفيها والعصمة لم تكن ثابتة لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته تابع لعصمة المالك وانما يثبت التبعية ان لو ثبت يد المالك فيء وعاملهم بما قابل من

ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست محترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقال محمد لا يكون فيئا قال رح كذا ذكره

قال رضه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابو يوسف مع قول محمد لهما ان المال تابع
للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها وله ان المال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة
بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع
بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليس في يده حكما فلم يثبت العصمة واذا خرج المسلمون

المعصوم له حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام نعارضها جهة
الاباحة الاصلية فلا يثبت الشك وقوله وما كان غصبا في يد المسلم اختلف
نسخ الهداية في هذه المواضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم
او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقالا لا يكون فيئا قال رضه كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد وهو ليس بصحيح
لانه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف فيه ذكر وبعضها
وقع هكذا او ذكر قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة وهو ايضا ليس بصحيح لان
المذكور في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا
فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقال محمد لا يكون فيئا قال رضه كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد وهذا
هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير لهما ان المال تابع للنفس
وهو ليس بنايب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف و
قوله والنفس لم تصر معصومة بالاسلام جواب عن قولهما وقد صارت
معصومة بالاسلام وتقريره لانم انها صارت معصومة بالاسلام الا ترى انها
ليست بمتقومة حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل
لو لم تكن معصومة لما كان يحرم التعرض كالحربي وليس كذلك اجاب بقوله
الا انه يحرم التعرض في الاصل يعني ان حرمة التعرض ليست لكونها معصومة
وانما هي باعتبار ان النفس على الاطلاق محرم التعرض في الاصل لكونها
مكلفة لتقوم بما كلفت به واباحة التعرض انما هي بعارض شره وقد اندفع
بالاسلام فعادت الى اصلها لا باعتبار انها معصومة بخلاف المال لانها خلق عرضة
للامتهان فكان محلا للتملك فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع

واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت ولان الاباحة
باعتبار الحاجة ولان الحق قد تاكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه طعام او علف
رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص
ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به
ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا
محاويج لانتصاره في حكم اللقطة لتعذر
الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به
بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان
كان لم تقسم وان قسمت الغنيمة
فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا
شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل
فاخذ حكمه
فصل
بعد انه

كونه في يده حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب
ليست بنايبة عن يد المالك فلم يثبت العصمة فيجعل كانه ليس في يد احد فكان فيئا
وقوله واذا خرج المسلمون ظ وقوله معناه اذا لم تقسم يعني الغنيمة
وقوله اعتبارا بالمتلصص فانه اذا دخل الواحد او الاثنان في دار
الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فعلهم ولا يخمس لانه
ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو الماخوذ قهرا باذن الامام بل مباح سبقت
ايديهم اليه وقوله وبعد القسمة تصدقوا به اي اذا جاؤوا بفضل
من طعام او علف اخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار
الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج اي محتاج وقوم محاويج و
قوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم وقوله فاخذ حكمه
اي اخذت القيمة حكم الاصل وانما ذكر ضمير القيمة على تاويل ما يقوم
او على تاويل المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قايما
بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل له التناول من
قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل فصل في كيفية
القسمة لما بين احكام الغنايم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة
عبارة عن جمع النصيب الشايع في مكان معين ويقسم الامام الغنيمة
فيخرج خمسها لقوله تع فان لله خمسه وللرسول استثنى الخمس اي
اخرجه استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم الاربعة
الاخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فلان
الله تع قال واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه اضاف الغنيمة
الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال فان لله خمسه فكان بيان ضرورة

فصل في كيفية القسمة قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تع فان لله
خمسه استثنى الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس بداية

ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رح وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي رح لما روى ابن عمر رض ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رح

ما روى ابن عباس رض ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله ع م وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رض ان النبي ع م قسم للفارس سهمين ... هداية

ان بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في اصول الفقه واما السنة فلان النبي ع م قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم ايصالا للحق الى مستحقه ثم كيفية القسمة ان يعطى للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رح وقالا وهو قول الشافعي رح للفارس ثلثة اسهم در وواضح ذلك ما ذكر في الكتاب والفناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر الهرب والفرار والفرار اذا كان لاجل ان يكون الكر اشد كان من الجهاد والفرار في موضعه محمود ولهذا لم يكن من الذي المذكور في قوله تع ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ولابي حنيفة ما روي عن ابن عباس رض وهو ظ ولكن طريقه استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو هنا فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله والمسلك المعهود في مثله ان يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لان القول اقوى بالاتفاق وقوله اذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره اي سلمت عن المعارضة فيعمل بها يعني رواية ابن عباس رض وقوله ولكون غناؤه مثلي غنا الراجل لان نفس الفرار ليس محمود بل الفرار انحو اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد ولانه يتعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته يعني قدر زيد الفارس على فارس اخر والراجل على راجل اخر في الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعذر لان النظر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر ادير الحكم عليه وللفارس سببان نفسه والفرس

واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد وكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم

ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روى ان النبي ع م اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر ولهما ان البراء بن اوس رض قاد فرسين فلم يسهم رسول الله ع م الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تع ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والكر اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل ... هداية

وللراجل سبب واحد وهو نفسه فكان استحقاق الفارس على ضعفه وقوله ولا يسهم الا لفرس واحد واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله ع م والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وقوله وما رواه محمول على التنفيل الى اخره استظهار في تقوية الدليل لان ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه او تاويل له والبراذين والعتاق سواء والبراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق الطير والخيل لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى بذكر التسوية بين البرذون والعتاق لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله ع م شاذا وحجتنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله الين عطفا بفتح العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب وقوله ومن دخل دار الحرب فارسا يعني الخيال وقت اقامة السبب مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا وهكذا يقول الشافعي روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح في الفصل الثاني يعني ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا في ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا وقت اقامة السبب مقام

ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان فالحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب

ولا يعتبر حال الغازي عند القتال بنهاية

ولانّ السبب هو الفتح والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدلّ على امكان الوقوف عليه ولو تعذّر او تعسّر يتعلّق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا انّ المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها

ولانّ الوقوف يتعذّر

وذلك حالة المجاوزة اى مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت فى حد دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا فى حد دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب اى تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر مجرد شهود الوقعة ودليله يدل على ذلك وكان المص اشار بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لانّ قوله حال الشخص عنده اى عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله والمجاوزة وسيلة ردّ لمذهبنا وقوله كالخروج من البيت يعنى للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا معتبر به فى اعتبار حال الغازي من كونه فارسا وراجلا فكذلك فى هذه الوسيلة وقوله وتعليق الاحكام جواب عما سيذكر فى تعليلنا انّ الوقوف على حقيقة القتال متعسّر وبيانه انّ الاحكام تعلّقت بوجود القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبى اذا قاتل وكذلك المرأة والعبد والذمى ولو كان متعسّرا لما ترتّب عليه الاحكام ولئن سلّمنا عسرته ولكن يجب تعلّق ذلك الحكم كونه راجلا او فارسا بحالة هى اقرب الى القتال وهى شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب ولنا انّ المجاوزة نفسها قتال لانّ القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف وبمجاوزة الدرب قهرا وشوكة يحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد اصل القتال فارسا لم يتغيّر حكمه

قال المص ولنا انّ المجاوزة نفسها اولى لانّ الحكم على قول الشافعى وتعليق الاحكام اذ هو لم يقل بموجبه حيث لم يعتبر نفس القتال فى استحقاق الغنيمة فليتأمل

يتغير

ولانّ الوقوف على حقيقة القتال متعسّر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفّين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضى اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا وراجلا ولو دخل فارسا ثم باع فرسه وقاتل راجلا الصنع الكلام يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففى رواية الحسن عن ابى حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لانّ الاقدام على هذه التصرفات يدلّ على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط لانّ البيع يدلّ على انّ غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزّته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبى ولا ذمى ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روى انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعنى لم يسهم لهم ولانّ الجهاد عبادة والذمى ليس من اهلها والمرأة والصبى عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهّم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد بعد آيه

يثبت احوالهم بعد ذلك لانّ ذلك حالة دوام القتال ولا معتبر بها لانه يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لانّ الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بدّ له من ان يترجّل فى بعض المضايق خصوصا فى المشجرة او فى الحصن او فى البحر وقوله ولانّ الوقوف على حقيقة القتال واضح على ما ذكره وقوله وتوهّم تحرّز به يعنى يحتمل ان يعجز المكاتب عن اداء البدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمتنع فى الحال لوجود التوهّم وقوله لانهما عاجزة عن حقيقة القتال ~~لقدرتهما على القتال~~ ظاهر واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صحّ امانها لانه انما يصحّ ممن يخاف عليه القتال لقدرته على القتال واجيب بانّ الامان صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل يثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهى ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها واما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهى عاجزة عنها ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا يبلغ بسهم سهم المجاهدين والاول ليس من عمله اى الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ قال واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم ما قرّ كان احكام الاربعة الاخماس

واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم اى فى الاصناف الثلاثة ومعنى هذا الكلام ان ايتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ويقدّمون عليهم ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون فى ابناء السبيل وسبب

ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمى انما يرضخ له اذا قاتل او دلّ على الطريق ولم يقاتل لانّ فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم فى الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوّى بينه وبين المسلم فى حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدّمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعى بعد آيه

بعد آيه

بتغير

وقال الشافعي رح لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تع ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عم يا معشر بني هاشم ان الله تع كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عم اعطاهم

الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير ان سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات ولا بد فيه الا اغنيائهم قال الشافعي رح لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل لقوله تع ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير فيشترك الا ولنا ان الخلفاء الراشدين رضوان الله تع عليهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ولم يخالفهم احد فكان اجماعا وقوله وقد قال النبي عم دليل على انه لم يصرف الا اغنيائهم شيء لانه قال يا بني هاشم ان الله تع كره لكم غسالة ما في ايدي الناس و اوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء يعني ان المعوض وهو الزكوة لا يجوز دفعها الا الاغنياء فكذلك يجب ان يكون عوض الزكاة و هو خمس الغنايم لا يدفع اليهم لان العوض انما يثبت في حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون ثابتا صحيحا او لا فان كان الاول وجب ان يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلاثة اسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به اجيب بان لهذا الحديث دلالتين احديهما اثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل

الخمس

والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عم علل فقال انهم لم يزالوا معنا هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وبهذا تبين ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة فاما ذكر

اي نصرة الاجتماع اليه بالموانسة يا هو ام

دل على ان المراد نع

ومعنى الحديث ان اصل النسب هو عبد مناف كان له اربعة بنين

على خمسة قسمة الخمس على خمسة اسهم فهو فعل الخلفاء الراشدين رض كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض عمن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلوة على الجنازة لما روي ان رسول الله عم صلى على حمزة رض سبعين صلوة وهو لا يقول بالصلوة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاخذ باحدهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا لجميع مقدمة لما اعطاهم النبي عم وقد ثبت انه عم اعطى بني هاشم وبني المطلب اجاب بقوله و النبي عم اعطاهم للنصرة الا ترى انه عم علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية و الاسلام وشبك بين اصابعه وقصته ما روي عن جبير بن مطعم انه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله عم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله عم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عم انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه واشار النبي عم واذا كان كذلك دل على ان المراد بالنص اعني قوله ولذي القربى قرب النصرة لا قرب القرابة والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال ليشير اليه قوله لا نفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا انصرف للنساء والذراري واذا ثبت ان النبي عم اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي بانتهاء علته

ورسول الله عم بنو هاشم والمطلب ونوفل وعبد الشمس بنو عبد مناف كان من اولاد هاشم فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم وكان جبير بن مطعم من بني نوفل وعثمان بن عفان كان من بني عبد الشمس وولد جد الانسان اقرب اليه من ولد اخي جده فاما بنو نوفل وبنو عبد الشمس مع بني المطلب في القرابة اسوة وقيل بنو نوفل وبنو عبد شمس كان اقرب اليه من بني عبد المطلب لان نوفل وعبد شمس كانا اخوي هاشم لاب وام والمطلب كان اخ هاشم لابيه لا لامه ثم اعطى رسول الله عم بني المطلب ولم يعط بني نوفل وبني عبد شمس فاشكل ذلك عليهما كفايه

وانما اراد نصرة الاجتماع اليه بالموانسة في حال هجرة الناس عنه بما روي ان قريشا لما بعث الله رسوله حسدوه من بني هاشم وراى القريش ايثار بني هاشم وتعاهدوا ان لا يبيعوا بني هاشم ولا يناكحوهم حتى يدفعوا اليهم رسول الله عم ليقتلوا وتعاهد بنو هاشم في نصرة رسول الله عم فدخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم حتى دخلوا معهم الشعب وكانوا فيه ثلث سنين مع رسول الله عم كذا في المبسوط كفايه

الشعب القبيلة العظيمة

فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانما هو لافتتاح الكلام تبركا باسمه جل وعلا وسهم النبي عم سقط بموته كما سقط الصفي
شيء كان يصطفيه عم لنفسه من الغنيمة مثل درع او جارية او سيف وقال الشافعي رح يصرف
سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عم
بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر

قال رح

قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم
ذوي القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلثة المذكورة في النص فقال
فاما ذكر الله في الخمس يعني قوله تعالى فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام
تبركا بذكره وسهم النبي عم سقط بموته كما سقط الصفي بالاجماع
لانه عم كان يستحقه برسالته لان الحكم مرتب على المشتق فيكون
المشتق منه علته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه عم
مثل درع او سيف او جارية اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى
صفية من غنائم خيبر وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة
والحجة عليه ما قدمناه انه كان يستحقه برسالته وسهم ذوي القربى
كانوا يستحقونه في زمن النبي عم بالنصرة لما روينا ان النبي عم اعطاهم
للنصرة لا يقال قوله وسهم ذوي القربى وقع مكررا لانه ذكره قبيله لانا
نقول ما ذكره اولا كان في حيز الاستدلال على القسمة على ثلثة اسهم
وهذا اصل الكلام صاحب القدوري قال اى القدوري وبعده
اى بعد زمن النبي عم بالفقر قال المص رح وهذا اى استحقاقهم بالفقر
قول الكرخي وقال الطحاوي رح سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا
من الاجماع يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رض قسموه
على ثلثة ولا يظن بهم انه خفي عليهم النص او منعوا حق ذوي القربى
فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع
الشافعي الاستدلال وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي رض
قال كان رأي علي رض في الخمس رأي اهل بيته ولكن كره ان يخالف
ابا بكر وعمر رض والاجماع بدون اهل البيت لا ينعقد وقلنا لا كل مجتهد

قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول الكرخي رح وقال الطحاوي رح سهم الفقير منهم ساقط لما روينا
من الاجماع ولان فيه بعدا له

ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان
عمر رض اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة
واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو الماخوذ
قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة
والخمس وظيفتها ولو دخل

ان يترك رأيه برأي مجتهد آخر احتشاما له فان ثبت ما روي
دل على انه كره المخالفة لانه رأى الحجة معها وهو كالرجوع في كثير من المسائل
حين ظهر الدليل عنده وقوله ولان فيه اى في سهم ذوي القربى
معنى الصدقة لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقير اذ لو لم يكن فقيرا لا
يجوز صرفه اليه بعد النبي عم باتفاق الروايات عن اصحابنا فلما كان فيه
معنى الصدقة حرم ذوي القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة
العمالة وهو ما يعطى على عمله وهو من الزكاة وهذا الدليل ان كان بالنسبة
الى الشافعي رح فليس كذلك لان كون المصرف فقيرا ليس الا في حيز النزاع
عنده فانه يساوي بين الغني والفقير وجه الاول يعني قول الكرخي وقيل
هو الاصح ما روى ان عمر اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط
حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الراشدين كما مر اما فقراؤهم فيدخلون
في الاصناف الثلثة كما تقدم في اول البحث وكرر هذه الرواية
للتصحيح وانما قال قيل وهو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول
ابي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله عم
يصرف اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول
الله عم وهو مختار القدوري كما اشار اليه قوله وسهم ذوي القربى
كانوا يستحقونه في زمن النبي عم بالنصرة وقوله واذا دخل
الواحد او الاثنان ظ وقوله والمشهور انه يخمس ظ ووجه
الرواية الاخرى ان العدد اليسير اذا دخلوا لاكتساب المال لا
لاعزاز الدين فصاروا كتجار لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت قوله
واعلموا انما غنمتم من شيء مطلق فيجب الخمس سواء وجد الاذن او لم يوجد

ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم
الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة
وان دخلت جماعة

وان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال ولا باس بان ينفل الامام في حالة القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون

اجيب بان الغنيمة المأخوذ قهرا وغلبة وما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله واذا دخل جماعة لها منعة المنعة السرية نقل الاقطع عن كتاب الخراج لابن شجاع كان ابو حنيفة رح يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا خمس فيما اخذه حتى يصير والسعة فاذا بلغوا ذلك وهم سرية وقوله اذ لو خذلهم اي ترك عونهم كان فيه وهن المسلمين اي ضعفهم

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم ففصل عما قبله بفصل يقال نفل الامام الغازي اي اعطاه زايدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله كذا قوله لا باس بان ينفل الامام يدل على ان قول من قال كلمة لا باس تستعمل فيما يكون تركه اولى ليس تجري على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تع يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب حتما الصارف له عنه الى الاستحباب فالجواب انه تعارض دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب وقوله من قتل قتيلا تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه وقوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسبب وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة لان النبي عم نفل ابن مسعود رض يوم بدر سيف ابي جهل وكان عليه فضة ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز لما ذكر في الكتاب وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال

ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد يكون المصلحة فيه

ولا ينفل بعد

ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عم لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه

والسلب

وانما يحصل ذلك اذا اختص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تع في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله لا حق للغانمين في الخمس فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز واجيب بان جوازه باعتبار ان المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن ثمه ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على احد الاصناف لما تقدم انهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله لغني ابطال حق المحتاجين وقوله وقال الشافعي رحمه الله ظ وقوله وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل قيل عليه وهو الظ لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من اخذ اسيرا فهو له ثم قال ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب فنحمل على الثاني يعني على التنفيل لما رويناه من حديث حبيب بن ابي سلمة دفعا للتعارض قوله وزيادة الغناء جواب عن قوله لان القاتل مقبلا مفيد اكثر غناء وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة او من قوله لان الكر والفر من جنس واحد في فصل كيفية القسمة وقوله لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم يثبت الملك

والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والالة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة

وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك
عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشرى من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل
على هذا الاختلاف **باب استيلاء الكفار** واذا غلب الترك على الروم
فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله

فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده
من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم
واذا غلبوا

فلا يثبت الاستيلاء ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك
وقوله لان التنفيل يثبت به الملك عنده دليله ان المدد
لا يشاركونه فيها كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وهو ليس بمتفق
عليه لان من اصحابنا من يقول قسمة الامام لا تفيد الملك لعدم المانع من
تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكانه لم يعتبر ذلك الاختلاف
لعدم شهرته وقوله ووجوب الضمان مرفوع على الابتداء وقوله
قد قيل على هذا الاختلاف خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو
فيكون معطوفا على قوله الملك اي يثبت الملك ووجوب الضمان
للمنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول
اولى وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف
وبيان ذلك ان محمدا ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نفله
الامام يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورود الضمان
شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فحينئذ ينبغي ان يحل
الوطء على مذهبهما بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه ايضا
على الاختلاف فعند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله اعلم بالصواب
باب استيلاء الكفار لما فرغ من بيان
استيلائنا على الكفار اعقبه بذكر عكسه لاشتماله على احكام
مختلفة فكان خليقا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار
بعضهم على بعض كراهة ان يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين
والترك جمع التركي والروم جمع الرومي اي الرجل المنسوب الى
بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله

واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رح لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء
وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح
فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل
ضرورة تمكن المالك من الانتفاع واذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا
بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار
على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا
صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو
الثواب الآجل فما ظنك بالملك
العاجل فان ظهرنا عليها

حل لنا ما نجده من ذلك اي مما اخذه الترك من اهل الروم لان المأخوذ
صار ملكا للترك كسائر اموالهم وقوله لان الاستيلاء محظور ابتداء
اي في دار الاسلام وانتهاء اي في دار الحرب بعد الاحراز وقوله على ما
عرف من قاعدة الخصم ان المحظور ولو بوجه لا ينتهض سببا للملك كما
في البيع الفاسد واما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه
كما في البيع الباطل كالبيع بالميتة او الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق ولنا
ان الاستيلاء ورد على المباح وورود الاستيلاء على مال مباح ينعقد سببا
للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وقوله وهذه
اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة في المال
لكل من يثبت من المسلم والكافر اي يثبت على منافاة الدليل فان
الدليل وهو قوله تع هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يقتضي ان لا
يكون مال معصوما لشخص ما وانما يثبت العصمة لضرورة تمكن المالك
من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاستيلاء عاد مباحا كما كان غير ان
الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه اي لان الاستيلاء عبارة
عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والكفار ما داموا في دار الاسلام مقتدرون
على المحل حالا وانما يقتدرون عليه مآلا بالاحراز لانهم ما داموا في دارنا فهم
مقهورون بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله والمحظور لغيره
جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا انه محظور
لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح
سببا لكرامة تفوق الملك كالصلاة في الارض المغصوبة فانها تصلح
سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلان يصلح سببا

اي كما لا اصطياد والاحتطاب وانما قلنا ان
استيلاء الكفار ورد على مال مباح لان في
استيلائهم على اموالنا اي انما يثبت الملك لهم
اذا احرزوها بدارهم والكلام فيه فبعد
الاحراز بدارهم ... يزول عصمة
صاحبها وتصير مباح التملك فلا يكون اخذهم
ذلك المال محظورا وانما كان في الاحراز
كما هي

وفي الكافي وقوله في الهداية والمحظور لغيره اذا
صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب
الآجل اي اذا صلح في الارض المغصوبة مما ظنك
بالعاجل مشكل ايضا لان العصمة لا تخلو اما
ان زالت بالاحراز بدار الحرب او لم تزل
فان زالت لا يكون الاستيلاء محظورا ...
وان لم تزل لا يصير ملكا لهم ... بسببه
النقصان الا ان يقال العصمة المؤثمة باقية
لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها تنتهي
بالدار كفاية

اقول قول صاحب الهداية والمحظور لغيره جواب
عن قول الشافعي والمحظور لا ينتهض سببا
للملك فمعناه تحقيق الكلام على وجه يقتضي
ان اخذ الكفار ما اخذوه واحرازه بدارهم
اخذ مال مباح زال عنه عصمة صاحبه
ولم يكن ذلك الاخذ محظورا اصلا على طريق
تسليم كونه محظورا فلا يرد ما ذكره صاحب
الكافي

فان ظهر عليها المسلمون فوجد ما لكوها قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا
لقوله عم فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال
ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة
ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشتراه
ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول
بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي
اشتراه وان شاء ترك لانه يتضرر بالاخذ
مجانا الا ترى انه دفع العوض بمقابلته
وكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو

ملكه في الدنيا اولى قال فيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال
مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك [illegible] الغازي الذي
وقع في قسمة او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضا الكافر
واجيب بان ثبوت حق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على
قيام الملك للمالك القديم الا ترى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة
الى قديم ملكه بدون رضى الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال
وكذا الشفيع ياخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا
المشتري مع ثبوت الملك له وقوله فان ظهر عليها المسلمون
واضح وقوله لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة قيل عليه
بان الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ مجانا بخلاف
ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الملك انما يتعين له بازاء ما انقطع
من حقه عن ما في ايدي الباقين واجيب بان الملك هناك ايضا ثبت بالعوض
معنا لان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل
ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة وقوله ولو كان مغنوما يعني لو
كان ما اخذه الكفار من المسلمين مغنوما اي ماخوذا بالقهر وهو مثلي
كالذهب والفضة والحنطة والشعير ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه
بعد ها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا ياخذه لما
بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان مشترى بمثله قدرا
ووصفا يعني اذا كان ما اخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه منهم
مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان ياخذه منه
لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم

ولو اشتراه باقل قدرا منه او بجنس اخر او بجيده ولكنه اردى منه وصفا فان له
ان ياخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربوا لانه انما فدى
ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لانه يشتريه ابتداء

ولو كان مغنوما وهو مثلي ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعد ها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا ياخذه
لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا

قال فان اسروا

قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه
بالثمن الذي اخذه به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله
وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى
الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما هاهنا
الملك صحيح فافترقا

قال وان اسروا عبدا اذا اخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب فاشتراه
رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى
ياخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا ان
المشتري يتضرر بالاخذ مجانا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان
الارش حاصلا في ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى يكون
المولى احق به كالرقبة ومع هذا لو اخذه فانما ياخذ بمثله لان الارش
دراهم او دنانير وهو لا يفيد وقوله لان الملك فيه صحيح احتراز
عن المشترى شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شيء
من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن واستشكل هذا التعليل
هنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شيء من الثمن اذا لم ترد بالتناول مقصودا
الا ترى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه
مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول
بخلاف ما اذا اعورت واجاب بعضهم بانه انما يحط في المرابحة للشبهة لانه
صار كانه اشترى شيئين بالف ثم باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز
بيع الاخر مرابحة لان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزا عن
شبهة الخيانة ولا كذلك هاهنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة
فان الاوصاف يقابلها شيء من الثمن فيها حتى لو استهلك المشتري شيئا من
الدار سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه

وإن أسروا عبدا فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم
فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن لأن
الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين إن شاء لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا إذا كان المأسور منه
الثاني غائبا ليس للأول أن يأخذه اعتبارا لحال حضرته ولا يملك علينا ح

بمنزلة المشتري شراء فاسدا من حيث إن كل واحد منهما واجب
الرد والأوصاف تضمن في المشتري شراء فاسدا كما في الغصب فإن
من غصب جارية فذهبت إحدى عينيها ضمن نصف قيمتها فإن قيل
مشتري التاجر ههنا أيضا بمنزلة المشتري شراء فاسدا وهو وجوب الرد أجيب
بأن الحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد أولى
الشفيع من حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار أولا ثم البيع إن رغب عنه
الجار فإذا لم يفعل صار ذلك مكروها وصار كتمكن الفساد في العقد ولا كذلك
بيع الكافر من التاجر فإنه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في مسئلة الشفعة
أيضا إذا كان هلاك بعض المشترى بآفة سماوية لا يقابل الأوصاف شيئا
من الثمن فلم يكن مخالفة لمسئلة التاجر وأجيب بأنها مخالفة في صورة أخرى
فإن التاجر إذا قلع عين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن بخلاف ما
إذا استهلك المشتري بعض الأشجار في الشفعة فإنه يحط حصته من الثمن
وقوله وإن أسروا عبدا صورته ظ واعترض على قوله وللمشتري الأول
أن يأخذه من الثاني بالثمن بأنا لو أثبتنا حق الأخذ للذي اشتراه من
العدو أولا لتضرر المالك لأنه يأخذه بالثمنين وأجيب بأن رعاية حق
من اشتراه من العدو أولا أولى لأن حقه يعود في الألف التي نقدها بلا
عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد
فكان ما قلناه أولى وقوله وكذا من سواه أي من سوى الحر وقوله
بخلاف رقابهم أي رقاب أحرار الكفار ومدبريهم وأمهات أولادهم وقوله
ولا جناية من هؤلاء أي من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا
فلا يملكهم الكفار وإن استولوا عليهم وإذا لم تملكهم الغزاة أيضا حتى لو كان

ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب
إنما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه
بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق ح

وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة رح وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك
لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه
بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى
فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية لقيام
يد أهل الدار فمنع ظهور يده وإذا لم ح

أخذهم أهل الحرب من دار الإسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل
القسمة وبعدها بغير شيء قال وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه
إذا أبق عبد لمسلم قالوا قيد المسلم اتفاقي لأن عبد الذمي كذلك فدخل إليهم
فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة رح وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك
وهو ظ وقوله لأنه سقوط اعتباره أي اعتبار يد العبد لتحقق يد
المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى وظهرت يده
على نفسه لأنه حين دخل دار الحرب وقد زالت يد المولى عنه لا إلى من يخلفه
لأن يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق
ذلك لا محالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الإحراز فيمتنع التملك
لأنه لا ملك بدون الإحراز فإن قيل لا نسلم أنها زالت لا إلى من يخلفه
فإن يد الكفرة قد خلفت يد المولى لأن دار الحرب في أيديهم أجيب بأن
يد الدار بين حقا لا يكون في يد أحد وعند ذلك يظهر يد العبد على نفسه
ولأن يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تنفع يد الدار إليه
أشار فخر الإسلام وفيه نظر لأن حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز
النزاع والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل
كيف شاء وحين دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفار
عليه فإن قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك أجيب بمنع الملازمة
لأن ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فإنه لما ظهرت يده
على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز أن توجد اليد بلا ملك كما في المغصوب
والمشتري قبل القبض فإن الملك للمولى واليد لغيره وقوله بخلاف
المتردد يعني في دار الإسلام لأن يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد أهل الدار رح

وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة
وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له
على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء
إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام
فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء
فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والمتاع والفرس بالثمن ح

فمنع ظهور يده وبهذا الوجه لأنه الصغير كان في عياله فبقاء اليد
حكما يمنع ثبوت البدل قال استولوا عليه المشركون ملكوه وإذا لم يثبت
الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء إذا كان موهوبا
أو مشترى أما إذا كان موهوبا فقط لأنه أخذه بغير عوض فلا يتضرر بلا أخذ
منه وأما المشتري فلأن المشتري فدا ملكه بغرامه فكان متبرعا حتى لو
أمره بذلك رجع عليه المشتري بالثمن وإن كان مغنوما فكذلك إذا كان قبل
القسمة وأما إذا كان بعدها فيؤدي عوضه من بيت المال لأن نصيبه
قد استحق فله أن يرجع على شركائه في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم
وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لأن هذه من نوائب المسلمين ومال
بيت المال معد لذلك وقوله وليس له أي للغازي جعل الآبق
لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه والجعل إنما يجب إذا أخذه الآخذ
على قصد الرد إلى مالكه وقوله وإن ند إليهم بعير ظاهر وكذلك قوله
قال أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع واعترض بأن قول أبي حنيفة
ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شيء لأنه لما ظهر يد العبد على نفسه
ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لأنه في دار الحرب
ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم وأجيب بأن يد العبد
ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه
فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال وإذا دخل الحربي
دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما أو ذميا وأسلم من كان معه
من العبيد أجبر على بيعه من المسلمين كالذمي تسليم عبده ما فإن قيل
الذمي ملتزم أحكام الإسلام فجاز إجباره على بيع عبده الذي أسلم

وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا لا يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد و
قد بينا الحكم في كل فرد وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة
وقالا لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا
ولأبي حنيفة ح

ولأبي حنيفة رح أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة
وهو الإعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب
وإذا أسلم ح

والحربي ليس كذلك أجيب بأن الأمان ينافي إبقاءهم في ملكه لأن فيه
استذلالا للمسلم وإعطاء الأمان على ترك ذلك فكان بالأمان ملتزما
ترك إذلال المسلمين قبل منه وجه حافظ ووجه أبي حنيفة أن تخليص
المسلم عن ذل الكافر واجب معناه أن تخليص المسلم عن ذل الكافر
واجب على الإمام فإن كان في دار الإسلام فبالجبر على البيع للمسلمين
دون الإعتاق لأن مال المستأمن معصوم ما دام في دار الإسلام
بمقتضى الأمان فإذا دخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان
للإمام ولاية عليه وجب عليه إجباره على العتق لإزالة عصمة ماله
فإذا لم يكن له ولاية يقام شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين
مقام علة الإزالة وهي الإعتاق لأن الشرط قد يقام مقام العلة
إذا لم يمكن إضافة الحكم إليها كحفر البئر على قارعة الطريق فإن قيل
إقامة الشرط ههنا مقام العلة تستلزم جعل المثبت للشيء مزيلا له و
هو باطل وذلك لأنهم إذا استولوا على عبد مسلم بالإحراز بدارهم ملكوه
فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزيلا له
وفيه أيضا نقض لقاعدة مطردة هي أن البقاء أسهل من الابتداء فإن
هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب أن تباين الدارين مثبت
للملك إن لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون
التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر وعلى أنا ما
جعلناه مزيلا وإنما جعلناه قائما مقام المزيل لوضع صحيح فلم يكن الشيء
الواحد مزيلا غير مزيل وهو ممتنع وبقاء الشيء أسهل من الابتداء إذا
لم يغير البقاء ما يزيل سهولته وههنا بقاء المسلم في ذل الكافر صعب

وإذا أسلم عبد حربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذا إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار
لما روي أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله
ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغما لمولاه أو باللحاق بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى
من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد
ابتداء فلهذا كان أولى

باب ...

بزيل سهولته وقوله كما يقام مضي ثلاث حيض مقام تمثيل للمسألة في قيام
الشرط مقام العلة فإن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في
الطلاق الرجعي أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الإسلام
وتوثيقه بعد الإباء بتفريق القاضي مع حقيقة العلة فإذا أسلم أحد
الزوجين بدار الحرب وقوله وإذا أسلم عبد لحربي الخ وقوله
لما روي أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا روي أن النبي صلى الله عليه وسلم
لما حاصر الطائف قال أيما عبد خرج فهو حر فخرج ستة أعبد أو سبعة منها
فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هم عتقاء
الله وقوله ولأنه أحرز متصل بقوله ثم خرج إلينا وقوله أو
باللحاق متصل بقوله أو ظهر على الدار وقيد بقوله مراغما أي مغاضبا
ومنابذا لأنه إذا خرج طائعا لمولاه بياع وثمنه للحربي لأنه لم يخرج على
سبيل التغلب فصار كالحربي الذي دخل به مستأمنا إلينا دارنا

باب المستأمن لما فرغ من بيان الاستيلاء
الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في باب الاستئمان
لأن طلب الأمان إنما يكون حيث يكون فيه قهر وقدم استئمان
المسلم تعظيما له وكلامه ظاهر وقوله والغدر حرام دليله قوله صلى الله عليه وسلم
لأصحاب السرايا ولا تغدروا وقوله بخلاف الأسير يعني أن الغدر
ليس حراما عليه لأن الأسراء إذا تمكنوا من قتل قوم أهل الحرب
غيلة وأخذ أموالهم وفعلوا ذلك وأخرجوا إلى دار الإسلام ولا
منعة لهم فكل من أخذ شيئا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض و
إن أطلقوهم طوعا لأنه ليس بمستأمن فكان كالمتلصص فيكون غادرا بأخذ

باب المستأمن وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دمائهم
لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم
فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير
لأنه غير مستأمن فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعا قال فإن غدر بهم

قال فإن غدر بهم أعني التاجر فأخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح إلا أنه حصل
بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما
بيناه وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا
واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت
الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في
المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك
لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا ...

أموالهم وقوله ملكه ملكا محظورا أي خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشتري أن
يطأها لأنه قام مقام البائع ووطؤها للبائع كان مكروها وكذا المشتري وقوله
وهذا إشارة إلى قوله ملكه ملكا محظورا يعني أن مال أهل الحرب مباح
في نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الأمان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو
الاستيلاء على ما بيناه في أوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره إذا صلح
سببا لكرامة تفوق الملك الخ وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه
حربي أي باع بالدين فإن الإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع
بالدين وقوله ولا ولاية وقت الإدانة أصلا أي لا على مسلم ولا على الحربي
ولا وقت القضاء على المستأمن وهو ظاهر وإذا لم يقض على الحربي لم يقض على
المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله وأما الغصب فلأنه صار
ملكا للذي غصبه أي سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو مسلما
مستأمنا فيها لأن مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب فصح
تملكه بالأخذ إلا أن الغاصب إن كان هو المسلم يفتى برد المغصوب
على المالك ولا يقضى عليه لأنه لما دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغدر بهم
وفي أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر وقوله على ما بيناه يعني فيما تقدم أما
غصب الكافر فقد ذكره في مسألة الاستيلاء بقوله إن الاستيلاء ورد
على مال مباح وأما غصب المسلم فقد ذكره فيما إذا دخل الواحد والاثنان بغير
بغير إذن الإمام فأخذوا شيئا وإنهم يملكونه وقوله لما قلنا إشارة
إلى قوله من قبل إن القضاء يعتمد الولاية الخ وقوله ولو خرجا مسلمين
ظ وقوله فغصب حربيا أي غصب شيئا من حربي فليس بهذا المعنى في
خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستأمنا فالحكم كذلك

ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها
بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بيناه أنه ملكه ولا خبث في ملك
الحربي حتى يؤمر بالرد وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض
عليه أما عدم القضاء فلما بيناه أنه ملكه وأما الأمر بالرد فمراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو
نقض العهد وإذا دخل

واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما يجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها

اي الدية في ماله في الخطأ

وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ... ح

وقوله فعلى القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطأ هكذا ذكر في عامة النسخ وذكر الامام قاضي خان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة رح ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من اهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام ولابي حنيفة رح ان تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه عندهم كان يسقط العصمة فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله اما الكفارة فلاطلاق الكتاب يعني قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان لانه لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام تقديرا حتى ان المستامن منهم لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الحرب حتى لا يقتل الذمي به وكان القياس وجوب القصاص الا انه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله على ما بينا اشارة الى ان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله ولابي حنيفة رح انه بالاسر صار تبعا لهم يعني واهل الحرب اصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع وقوله ولهذا توضيح للتبعية وقوله فيبطل به الاحراز اصلا اي يبطل بالاسر العصمة المقومة بالكلية وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا يعني مع تبعية اهل الدار بالتوطن فلم يجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي دار الاسلام فصل قال فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف احكامها وكلامه ظ والعين هو الجاسوس والعون الظهير

وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

فصل قال واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان

والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل

لانه خلف عن الاسلام والاسلام لا ينتقض فكذا خلفه

على الامر والجلب الاجلاب والميرة الطعام يمتاره الانسان من ماز يمير والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله بعد تقدم الامام يقال تقدم اليه الامير بكذا او في كذا اذا امره به وقوله وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة يعني ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام اقل من ذلك على حسب ما يراه جاز لكن الامام يقدر له مدة فالمعتبر هو الاول فاذا اقام بعد ذلك في ديارنا يصير ذميا قال الامام قاضي خان اذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا ان يكون شرط عليه انه اذا جاوز السنة يؤخذ الخراج منه فحينئذ يؤخذ منه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما الجزية وقوله فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي قال في العناية وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد رح بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس اذ كل واحد منهما من احكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي ان يكون من اهل دارنا وقوله فيعتبر المدة من وقت وجوبه اي وجوب الخراج وقوله في الكتاب اي في الجامع الصغير واذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح من محمد بشرط الوضع اي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج ارض بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما ما كان من احكام

فان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشرى فلا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه واذا دخلت

واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلانه انما يثبت اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده

قال

الاسلام كذا ذكره قاضي خان وليس بصحيح كما اشار اليه المصنف من قوله لانه قد يباشر بها التجارة وقوله فيتفرع عليه اي على ان الوضع شرط احكام جمة اي من شرطا فلا ينفك عنه اي من شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطا وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا ينفك عن شرط الوضع وقوله واذا دخلت حربية بامان ظ وكذلك عكسه وكذلك قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ظ وقوله لان يد المودع كيده منقوض بما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيئا فلم تكن يد المودع كيد المودع واجيب بان يد المودع كيد المودع اذا اتفقا عصمة وقت الايداع وفي صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة قال وما اوجف المسلمون عليه بخيل وجف الفرس او البعير عدا وجيفا واوجفه صاحبه اجافا وقوله وما اوجف المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج من الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى وقوله والجزية بالجر عطف على قوله الاراضي اي هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها ومثل الجزية وقوله وقال الشافعي فيهما اي في الاراضي التي اجلوا اهلها عنها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها اي في الاراضي والجزية والخراج وقوله ولانه اي ولان ما اوجف

قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال

بخلاف

بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المرأة واولاده الكبار فظ لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المرأة الخ

المسلمون عليه من المال وقوله من غير قتال يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه اي الغنيمة بتاويل المغنوم مملوك بسببين وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى وهو الرعب واستحق الغانمون الباقي بمعنى وهو مباشرة الغانمين القتال وفي هذا اي فيما اوجف المسلمون عليه السبب واحد وهو ما ذكرنا بمعنى قوله انه مال ماخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس وقوله لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فيء لانها كافرة حربية الا وجه اخره وقوله واما اولاده الصغار ظ وقوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا اي فهو فيه بالايداع لانه اذا كان غصبا في ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا باتباع واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء الا الكفارة في الخطا وقال الشافعي رح تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بماله اثر في استحقاقه للكرامات وهو الاسلام اذ به يحصل السعادة الابدية التي هي جهاد ولا اثر لها في استحقاق الكرامة ومن اراق دما معصوما ان كان خطا فعليه الدية والكفارة وان كان عمدا فعليه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الاسلام وهذا اي وجوب الدية في الخطا والقصاص في العمد انما كان مبنيا على وجود العاصم الذي هو الاسلام لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه ياثم بقتل ينزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة من الميل عن الاعتدال وهي ثابتة بما ذكرنا فيه

اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي في دار الحرب فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطا وقال الشافعي رح تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا

والمفوتة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما تعلق به الاصل وكذا قوله تعالى
فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء
او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام بها
بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المفوتة

اجماعا فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما في اي موضع كان والعصمة
المفوتة كمال فيه اي في اصل العصمة لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك
اكمل واتم في المنع من الذي وجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة المفوتة
وصفا زائدا على العصمة التي هي المؤثمة فيتعلق بما تعلق به الاصل وهو
العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام فالعصمة المفوتة
كذلك فيجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر
الينا ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة
وكان ابو حنيفة يؤول بهذه الآية بالذين اسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا
وهو المنقول عن بعض ائمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالآية ان الله تعالى
ميز بين المؤمن وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المتعلق
بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله فتحرير رقبة مؤمنة و
دية مسلمة الى اهله وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين
احدهما انه ذكر الفاء فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان
كافيا كان كل الموجب ضرورة والثاني انه كل المذكور حيث لم يذكر غيره
وذلك يقتضي انتفاء غيره لان قصد الشارع في مثل ايراد النصوص في هذه
الحكم المتعلق بالحادثة لا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم لئلا الاخلال فلو كان
غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان وحوله ولان العصمة
المؤثمة بالآدمية دليل معقول على عدم العصمة المفوتة الموجبة للدية
في دار الحرب ومشتمل على بيان ان العصمة المفوتة ليست بوصف
كمال في العصمة المؤثمة فيكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة
بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكاليف اي اثقالها ومن خلق

اما المفوتة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه
التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المفوتة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة
بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لما انه اوجب ابطالها والمرتد

لشيء وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام باعباء التكاليف
والقيام بها بحرمة التعرض اي انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام
التعرض فالآدمي وجب ان يكون حرام التعرض مطلقا الا ان الله تعالى
ابطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل
والاموال تابعة لها اي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة بها
لانها في الاصل خلقت مباحة وانما صارت معصومة ليتمكن الآدمي
من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للآدمية اما العصمة المفوتة
فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت لان المتقوم هو
الشيء الذي يكون واجب الابقاء والدوام بالمثل او بالقيمة وذلك
اي جبر الفائت في الاموال دون النفوس لانه انما يحصل بالمثل صورة
ومعنى او معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة و
لا معنى على ما عرف في الاصول وكانت النفوس تابعة للاموال في العصمة
المفوتة ومن هذا علم ان العصمة المؤثمة اصل مستقل في شيء والعصمة
المفوتة اصل مستقل في شيء آخر وليس احدهما بكمال في الآخر ولا وصف
زائد عليه ثم العصمة المفوتة في الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة و
العزة بالمنعة والعصمة المفوتة في الاموال بالمنعة والدار انما يكون
بالمنعة فلهذا التعرض بذكرها واذا كانت العصمة المفوتة في الاموال بالمنعة
فكذلك في النفوس لانها تابعة لما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان
الشرع اسقط اعتبار الكفر لما انه اوجب ابطالها واذا لم يكن منعة
لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز فلا يوجد العصمة المفوتة واذا لم
يوجد العصمة المفوتة لا يجب الدية وهذا في غاية التحقيق فلا انه يوضح

والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلما خطا لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطا فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان الحق له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له

ان لا يملكوا اموالنا بالاحراز الى دارهم كما قال به الشافعي رح ودفعه بان معنى قولنا ان الشرع اسقط اعتبارها حال كونهم في دارهم واما اذا وقع في ايديهم الى دارنا واحرزوا اموالنا باليد الحافظة والنافلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة وقوله والمرتد والمستامن جواب عما يقال لهما لحرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب ان ينتقو ما دام لم ينتقو ما حتى لا تجب الدية بقتلهما ادكون المستامن من اهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر واما المرتد فكذلك لانه يقصده هرباً من القتل وقوله ومن قتل مسلما خطا الخ واضح واعترض على قوله وهو العامة او السلطان بان التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما في المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث واجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الولي واحد بخلاف مسئلة الكتابة

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية والعشر بضم العين احد اجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراجا وسهم يعني الجزية والعذيب ماء لبني تميم والحجر مفتوحتين يعني الصخر لانه وقع في املاء ابي يوسف صخر موضع الحجر ويظهر من ذلك ان من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي ذلك المقام به فيكون بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين

قوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

ارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد

يعني سواد العراق وهي قرى العراق سميت بذلك لخضرة اشجارها وسمي سواد العراق به لخضرة اشجاره

والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عم والخلفاء الراشدين رض لم ياخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رض حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رض ووضع على مصر حين افتتحها عمرو ابن العاص وكذا اجمعت الصحابة رض على وضع الخراج على الشام قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد بيناه من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم

والاقرب ظهرا ورمل عالج اسما موضع المشارق الشام اي قراها عرضها والسواد اي اراضي سواد العراق اي قراها وانما سمي بالسواد لخضرة اشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهو من منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طولا وقيل في موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقي دجلة وكلامه واضح وقوله لما قدمناه قيل يعني في اول باب الغنائم وقوله والخراج اليق به يعني من حيث انه في معنى العقوبة وان فيه تغليظا لوجوبه وان لم يزرع والكافر اليق بالعقوبة والتغليظ وكان العباس في ارض مكة ان يكون خراجية لانها فتحت عنوة اي قهرا لكن رسول الله عليه السلام لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج في ارضهم وقوله وفي الجامع الصغير الى قوله فهي ارض خراج يعني سواء قسم بين الغانمين او اقر اهلها وذكر لفظ الجامع الصغير لهذه الفائدة وقوله ومن احيى مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كان من حيز ارض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب ان يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنيع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج اذ الخراج يجب جزاء المقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا اشار شمس الائمة وقوله والبصرة عنده عشرية جواب

وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج قال ومن احيا مواتا فهي عند ابي يوسف رح معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية

والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رض لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان يكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رض وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رح ان احياها ببئر حفرها او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وضعه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي

اشكال يرد على قول ابي يوسف حيث ذكر ان الاشياء في حيز الارض الخراجية يجعل ارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية وان احيى فيها مسلم يجب عليه العشر وجه الح القياس ذلك يمكن ترك باجماع الصحابة اجماعهم وقوله لان حيز الشيء يعطى له حكمه دليل ابي يوسف على مذهبه وقوله كفناء الدار يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذلك هنا يعطى بهذه الارض المحياة حكم جوارها لاتصالها به ولا يظن في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية تكرار لان الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد و يزدجرد ملك من ملوك العجم وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها **قال** والخراج الذي وضعه الامام عمر رض اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض في كل جريب وهو ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة قفيز هاشمي وهو الصاع من حنطة او شعير على ما قال الامام قاضي خان في فتاواه ومما يزرع فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي ودرهم وقوله والكرم اخفها يعني واكثرها ريعا فانه يبقى على الابد بلا مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام والرطاب بينهما لا تبقى اعواما و لا تدوم دوام الكرم وكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب شيئا من

ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها **قال** وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رض وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض

والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان **قال** فان لم تطق ما وضع عليها نقصها الامام والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رض لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع فيجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر رض لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة

الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك لانه ليس فيه توظيف عمر رض فيعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف وقوله والبستان كل ارض يحوطها حائط ظ وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها فلا خراج عليها لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة اي استاصله من شديد او برد شديد او نحو ذلك فلا خراج ايضا لانه فات النماء التقديري الذي اقيم مقام النماء الحقيقي في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم نواها للخدمة سقط الزكاة لانها لم تبق نامية في جميع الحول او يقال يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج يعني ان النماء التقديري كان قائما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فهلك معه الخراج فان قيل اذا استاجر ارضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم يسقط الاجر فما الفرق بينه وبين الخراج اجيب بان الاجر يجب باعتبار الوقت بهلاك الزرع لا بعده و ليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم تخرج شيئا جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم تخرج ثم قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط الخراج **قال** وان عطلها صاحبها فعليه الخراج اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة واما اذا لم يتمكن من الزراعة وعطلها اذا عجز المالك عن الزراعة

وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج **قال** وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا

قالوا من انتقل الى اخسّ الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيّع الزيادة وهذا يُعرف ولا يُفتى به كيلا تجترئ الظلمة على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم

ويجوز ان الخ

يخرج

باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يوجد احد من يقبل ذلك باعها واخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو حجر ولكنه الحاق حجر بواحد للعامة وقوله قالوا يعني المشايخ من انتقل الى اخس الامرين بغير عذر بان كانت الارض صالحة للزراعة للاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير وهو الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يُعرف ولا يُفتى به كيلا تجترئ الظلمة على اخذ اموال الناس وورد بانه كيف يجوز له الكتمان وانهم لو اخذوا كان في موضعه لكونه واجبا واجيب بانه لو افتينا بذلك لادّعى كل ظالم في كل ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان وقوله ومن اسلم من اهل الخراج ظ وقوله من غير كراهة احتراز عما يقوله المتقشفة انه مكروه لان النبي عم رأى شيئا من الات الحراثة فقال ما دخل هذا بيوت قوم الا ذلّوا وظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كرّ عليهم عدوهم فجعلهم اذلة وان الصغار ان كان فانما يكون في الوضع ابتداء و[illegible] اما بقاء فلا بخلاف خراج الرأس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام وقوله وحقان مختلفان بسببين مختلفين يعني وهما حقان مختلفان اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف السبب فلان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر النامية تحقيقا

وامّا

ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رض اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشرى واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الش يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا ح

ولنا قوله عم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا

ولهذا الخ

واما اختلاف المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل ولنا قوله عم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة رح عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي عم وقوله والوصفان لا يجتمعان لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان وقوله ولهذا ايضا فان الارض يقال عشر الارض وخراج الارض وقوله وعلى هذا الخلاف الزكاة مع احدهما اي العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة عندنا وعند محمد ان عليه زكاة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي رح ومتمسكهما توهم اختلاف المحلين ان محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منها يجب حقا لله تع فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله كي لا يجب زكاتان ثمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط المالك وهي اسبق ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنيته فلهذا ابقيت عشريته وخراجيته كما كانت وبقوله وكل واحد منها يجب حق لله تع خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله فلا تنافي بينهما فيجبان وان كان بسبب ملك واحد والباقي ظ

ولهذا ايضا فان الا الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج

باب الجزية

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عم بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا تجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع جزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي اي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر فكيف يصح اخذ البدل على تقريره اجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هو عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كما سقط القصاص بعوض او هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق قوله وهي على ضربين ط ونجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين قوله ولان الموجب هو التراضي اي الموجب لتقدير ما عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد ان غلبوا قوله فيضع على الغني الظاهر الغنى قال الامام فخر الاسلام من ملك مائتي درهم او لا يملك شيئا لكنه يعتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة الاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون درهما ومن ملك عشرة الاف درهم فصاعدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الزمنى منهم جزية وان كان موسرا في المبسوط قال والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة

وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رح

وقال الشافعي رح يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عم لمعاذ رض خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا

كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنى الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وان كان ببغداد وبالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان صاحب عشرة الاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وقد ذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام وقوله عم من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة او عدله معافر اي او خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه ولانه وجب نصرة للمقاتلة كما وجب متفاوتا كما في خراج الارض وقوله وهذا اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعني فانا قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكفار لما لم يصلحوا لنصرتنا لميلهم الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج المأخوذ منهم المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ الفقير ينصر راجلا و متوسط الحال ينصر راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه وبالكراع عبده ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة

ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رض ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه يجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا وتوضع الجزية

ويوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الاية ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم
الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم
الاية الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه

يعني قوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية تاج

اجيب بان الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة
للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب اموالهم بمنزلة
ما لو اعاروا دوابهم للمسلمين وما رواه محمول على انه كان صلحا والدليل
على ذلك انه امر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء قال
ويوضع الجزية على اهل الكتاب ويوضع الجزية على اهل الكتاب سواء كان
من العرب او العجم لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية و
على المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس روى البخاري ان
عمر رض لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهي اسم بلد في البحرين وعبدة
الاوثان من العجم وهو بالجر عطف على اهل الكتاب وقيد بقوله من العجم
احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا يوضع عليهم الجزية على ما ذكر
في الكتاب وفيه خلاف الشافعي رح وكلامه ظ ولنا انه يجوز استرقاقهم
وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم لان كل واحد منهما يشتمل
على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظ لان نفع الرقيق
يعود الينا جملة واما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه والحال ان
نفقته في كسبه فكان اداء كسبه الذي هو سبب حياته الى المسلمين
دائرة راتبة في معنى اخذ النفس منه حكما ولو نقض بان من جاز استرقاقه
لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل
واجيب بان ذلك بمعنى اخر وهو ان الجزية بدل النصرة على المرأة والصبي
فكذا قوله وهذا النقض لا يدافع بل هو ينور النقض والصواب ان قبول
المحل شرط تاثير المؤثر فكان في معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب

ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه
يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم

فاذا اخذ منه كسبه فقد اخذت نفقته وفي اخذ ذلك اخذ نفسه منه حكما لان النفس انما تبقى بالنفقة تاج

وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب
ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم
فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين
الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة
وعند الشافعي رح

الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمرأة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما تكون
من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله وان ظهر عليهم اي على اهل الكتاب
والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم وصبيانهم
ونساؤهم فيء اي غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم ولا يوضع على عبدة
الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ على ما ذكر في الكتاب
وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام زيادة في العقوبة
عليه ولقائل ان يقول منقوض باهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم لانهم عرفوا
النبي معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك انكروه وغيروا اسمه ونعته
من الكتب وقد قبل منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان
من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم اوطاس
لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان و
اهل الكتاب والجواب عن الاول ان القياس كان يقتضي ان لا يقبل منهم
الجزية الا انه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الاية
وعن الثاني بان مراده صلى الله عليه وسلم عربي الاصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما
بين العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعرب في الاصل وانما العرب في الحقيقة
في الاصل عبدة الاوثان فانهم اميون وقوله وجوابه ما قلنا يريد به قوله
لان كفرهما قد تغلظ واذا ظهر عليهم اي على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين
فنساؤهم وصبيانهم فيء الا ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على
الاسلام دون ذراري عبدة الاوثان ونساءهم لان الاجبار على
الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري المرتدين قد
ثبت في حقهم تبعا لابائهم فيجبرون عليه والمرتدات كذلك يجبرن على الاسلام

وعند الشافعي يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رض
استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم قتل

قوله استرق نسوان بني حنيفة اقول قال في القاموس حنيفة كسفينة لقب اثال ... ام محمد بن علي ابن ابي طالب

ومن لم يسلم من رجالهم فتبيل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتال او عن القتل وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية **قال** ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رح انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي **قال** ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ رض ولنا ان عثمان رض لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رض ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على الفقير المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع ح

فيجرونها عليه بخلاف ذراري العقدة ونسائهم وحنيفة ابو حي من العرب وقيل المراد ببني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من الوثنيين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وقوله لانها وجبت بدلا عن القتل يعني في حق المأخوذ منه او عن القتال اي عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل وهو القتل او القتال لا يتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الاهلية فكذا البدل وقوله لما بينا يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله له اطلاق حديث معاذ رض وهو قوله عم خذ من كل حالم وحالمة وقوله وعلى اعتبار الثاني لا تجب يعني الجزية بدل عن الامرين كما مر بتقديره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة ولا يجب عليه بدله وقوله لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي صار مواليهم بسببهم من صنف الاغنياء او وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على المولى بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز قوله ولا توضع على الرهبان واضح **قال** ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه اذا اسلم من عليه الجزية او مات كافرا او عمي او صار زمنا او مقعدا او شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة او بعد ما خلافا للشافعي رحه انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض وكل ما وجب بدلا عن شيء وقد وصل اليه المعوض لا يسقط عنه

ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة انه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته في اكثر السنة ومن اسلم ح

قال ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها ح

العوض بهذا العارض اي بالاسلام او الموت كما في الاجرة والصلح عن دم العمد فان الذمي اذا استوفى منافع الدار المستأجرة ثم اسلم او مات لا يسقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهي منافع الدار وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط عنه البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما ردد في قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف العلماء في ان الجزية وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي لان الله تعالى امر بالقتال ومده الى غاية هو اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك لا يكونون من اهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من اهل دارنا بما يؤدون الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم واختيار المصنف ههنا وذلك لانهم صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة وبهذه الدار دار معاداة وجب عليهم القيام بنصرتها ولا يصلح ابدانهم بهذه النصرة لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد فاوجب عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم وتصرف الى المقاتلة فيكون خلفا عن النصرة قال شمس الائمة السرخسي وهو الاصح الا ترى ان الجزية لا تؤخذ من الاعمى ولا الشيخ الفاني ولا المعتوه والمقعد مع انهم يشاركون في السكنى لانه لم يلزمهم اصل النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه ولنا قوله عم ليس على مسلم جزية رواه ابن عباس رض وهو مطلق فيجري على اطلاقه بلا الانصاف الى ان المراد به بعد الاسلام لان كل احد يعلم ان المسلم لا يكون عليه جزية فتعين ان يكون المراد به انها تسقط بالاسلام

ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت لكونه ادميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى قال اجتمعت عليه

اذ لو لم تسقط لصدق ان على هذا المسلم جزية وقوله ولانها وجبت عقوبة الخ ظ واعترض بان الحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا يبقى الجزية بعده مع ان كلا منهما في الابتداء تثبت جزاء على اصرارهم والجواب ان اداء الجزية لم يشرع الا بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الاصول والاسلام ينافي الصغار فسقط الجزية بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع كذلك ~~الا بوصف الصغار~~ وقوله والعصمة تثبت لكونه ادميا جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه ان العصمة ثابتة للادمي من حيث انه ادمي لما تقرر انه خلق متحملا اعباء التكاليف فلا يصح ان تكون الجزية الطارئة بدلا عنها ولقائل ان يقول سلمنا انها ثابتة بالادمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب انها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون عن عصمة فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظ ولا الى الثاني لان الاسلام يغني عنها وقوله والذمي يسكن ملك نفسه جواب عن قوله او السكنى ومعناه ان الذمي يملك مواضع السكنى بالشراء او غيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل لسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية اجرة لكان وجوبها بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التاقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التاقيت في السكنى دل على ان الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما لا يجوز ان تكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز ان تكون بدلا عن النصرة ايضا الا ترى ان الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم

قال اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ منه وان مات عند تمام السنة لم تؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الجزية وجبت عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف

وهو قول الشافعي

جزية تلك السنة فلو كانت جزية بدلا عنها لسقطت لانه قد نصرنفسه اجيب بانها انما لم تسقط لانه ح يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس قال اجتمعت عليه الحولان انث فعل الحولين اما باعتبار حذف المضاف اي اجتمعت جزية الحولين واما بتاويل السنتين واتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولا ابهام في قوله وجاءت سنة اخرى على ما بينه وكلامه واضح وقوله وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل وقوله لهما في الخلافية اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان ان الخ اي ان الجزية وجبت عوضا على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وامكن استيفاؤه يستوفى كما في سائر الاعواض وقد امكن لان الفرض انه حي و استيفاؤها ممكن اذا لم يمنع منه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم وقوله ولابي حنيفة ظ وقوله على ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل ان يقول قد تكرر في كلامهم انها وجبت بدلا اما عن النصرة او السكنى او العصمة و تكرر ايضا فيه انها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة ينافي البدلية بمعنى فيلزم تواردهما على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك ان كونها عقوبة لازم من لوازم كونها

بخلاف ما اذا اسلم لانه يتعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة على الاحرار على الكفر على ما بيناه ولهذا

قال ابو حنيفة اذا مرت اعوام لم يؤد فيها الجزية لا تطالب بها عن تلك الاعوام وقالا تطالب بها لان الجزية حق واجب في الذمة فلا يسقط بالتاخير كسائر الحقوق الثابتة في الذمم وله انها وجبت عقوبة لاقرارهم بالذل والصغار لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون واذا اجتمعت العقوبات تداخلت كالحدود

ولنا انها تسقط بالاسلام والموت وقال الشافعي لا تسقط به ولا بالموت لانها وجبت بدلا عن حقن دمه او عن سكناه في دارنا وقد استوفى العوض فلا يسقط العوض لعارض فانه بدل عن العصمة والسكنى ... لقوله ... لانه ... الجزية ... والموت ... عقوبة ... الجزية ... بقوله وبالاسلام

ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعدا وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي فيثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رح

ثم الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب باول السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فعند الخ وعند البعض هو يجري على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء

به لان ايجاب النصرة لغير اهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة وقوله ولهذا توضيح لقوله وجبت على الاصول جزاء على الكفر والتلبيب اخذ موضع اللبب موضع القلادة من الصدر وقوله لانها وجبت بدلا عن القتل استدلال من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة بيان اللازم وكلامه ظ وقد بيناه من قبل وقوله حمله بعض المشايخ على المضي مجازا قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه حتى يتحقق اجتماعهما لانها تجب عنده في اول الحول والمجيء لان المجيء في كل شيء بمجيء اوله وانا اقول فيه تجوز المجاز ان المجيء الشهر يستلزم مضي الاول فذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول اوله لان الجزية تجب باول الحول والتاخير الى اخر الحول تخفيف وما قيل عند ابي حنيفة رح وعلى هذا يتحقق التداخل عنده بمضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله على ما قررنا اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض الخ وكذا الجواب عن الزكاة وهو ان الزكاة وجبت في اخر الحول لانها تجب في المال النامي وهو لا يكون الحول لانه المتمكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق وجوب الاداء **فصل** لما فرغ من بيان ما يجب على اهل الذمة بيان بقائهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه اي نزع خصيته والاختصاء في معناه خطا ذكره في المغرب والمكاتبة

ان الوجوب الخ

والاصح عنده انه في ابتداء الحول وعند الشافعي في اخره اعتبارا بالزكاة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه في اوله **فصل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيعة والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة

والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع السكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا يعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب

اي مثل الاذان ونحوه

ويوخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير

بين ذكر الخصاء والكنيسة هي ان احداث الكنيسة في دار الاسلام ازالة لفحولية اهل داره معنى كما ان الخصاء ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل الامتناع عن النساء كالرهبنة في الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه السلام ولا كنيسة احداثها فهو نفي بمعنى النهي اي لا تحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذا البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى قوله والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة اي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها للعبادة بخلاف موضع الصلاة اي صلاة الذمي في البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع للسكنى وقوله والمروي عن صاحب المذهب اي ابي حنيفة والمراد بالمروي هو ما ذكره انفا بقوله وهذا في الامصار دون القرى وقوله في جزيرة العرب فصل اي سميت ارض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها وقوله ويوخذ اهل الذمة بالتميز وذكر رواية الجامع الصغير الا زنار والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقوله صيانة لضعفة المسلمين اي الضعفة في الدين لان البدل اي يفعل ذلك بهم لئلا يكونوا في اعين الناس الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام اذ لا صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم قال قيل لم ياخذ النبي عليه السلام يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة اجيب بانهم في زمن رسول الله عليه السلام

وفي الجامع الصغير ويوخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف وانما يوخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدى بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم يكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب

والعلامة يجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان تتميز نساؤهم من نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عم او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي عم يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطاري لا يرفعه قال رح

كانوا مع وقص في المدينة لا لتشبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك في زمن عمر رض لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة وكان صوابا قال عليه السلام اينما دار عمر رض فالحق معه وقوله فانه جفاء في حق اهل الاسلام اي ترك حسن العشرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنار من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو صديقه فقد اهان صديقه معنى وقوله [مشطوب] الا ان لا يركبوا الا للضرورة يعني كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه وقوله بالصفة التي تقدمت يعني كهيئة الاكف وقوله [مشطوب] لانه ينقض ايمانه لو كان مسلما وسب النبي عليه السلام والعياذ بالله نقض ايمانه فكذا ينقض امانه وذمته قوله وكذا الحكم اذا جاء من ماله يعني ان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئا وقوله الا انه لو اسر استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان اصر على ارتداده

فصل

ذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة لان لهم احكاما مخصوصة بهم تخالف احكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ما ذكره ابو يوسف رح في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رض يا امير المؤمنين ان بني تغلب قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة قال رايت ان تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم عمر رض

قال ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا انتقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد

فصل

ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رض صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ

ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رح لا يؤخذ من نسوانهم ايضا وهو قول الشافعي لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رض هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا تراعى فيه شرائطها ويوضع

على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى ان يسقط الجزية من رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين شاة سائمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا الحساب يؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شيء من ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقات واما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك اراضيهم التي كانت في ايديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين وقوله والمرأة من اهل وجوب مثله اي مثل ما وجب بالصلح وقوله الا ترى انه لا تراعى فيه شرائطها اي فيما اخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب على ما مر وقوله ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي اي لا يؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشي ويؤخذ من معتقه فكذلك ههنا يؤخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم يؤخذ من التغلبي وقوله ولنا ان هذا اي اخذ تضاعف الزكاة تخفيف يعني لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف ولهذا اي لكون المولى لا يلحق بالاصل في التخفيف يوضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وان كان الاسلام اعلى اسباب التخفيف واولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هي تخفيف بالتخلص عن التدنس بالاثام وقد الحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ

ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رح يضاعف لقوله عم ان مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا يوضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه

ولا يلزم

ولا يلزم مولى الغني حيث لا يحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغناء مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي
فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صيان لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه وما جباه الامام
من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور
وبناء القناطر والجسور ويعطى ح

وقوله في حقه اي فيما يخص مولاه وهو حرمة الصدقة قال قيل
ما بال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهي
ان الحرمات تثبت بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان الغني من
اهلها اي من اهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له اذا كان عاملا وانما
الغني مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لها اصلا
لانه صيان لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه ويجوز
ان يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريفا لهم وفي الحاق المولى بهم
زيادة في التشريف وحرمتها على الغني لغناه وفي الحاق مولاه به
لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو انه
غير مجرى على عمومه فان مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالاجماع
فوجب التاويل بانه محمول على التعاون والتناصر لانه من لوازمه
فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسي
القياس في الكل سواء وهو ان لا يلحق مولى القوم بهم الا ان ورود
الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روى ان ابا
رافع سأل رسول الله عليه السلام أتحل له الصدقة فقال رسول الله عم
لا انت مولانا ومولى القوم من انفسهم والخصوص من القياس بالنص
لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد به النص
لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله عم في الحاق مولاهم
بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء قوله وما جباه الامام اي جمعه
والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع
والجسر ما يرفع وقوله وهؤلاء عملتهم اي القضاة والعمال والعلماء

ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماءهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال
فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء
فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغوا للقتال
ومن مات ح

ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض
ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه
اعتراه شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته
قال ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم
والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض
عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل
الاول انه يستمهل فيمهل ثلاثة ايام
لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي يوسف انه يستحب ان يؤجله
ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب
وعن الشافعي ح

وعملة المسلمين والعملة جمع عامل وقوله فلا شيء له من العطاء العطاء
ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضي و
المفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى لكل من كان له حرب مزية في
الاسلام كازواج النبي عليه السلام واولاد المهاجرين والانصار وكذلك
لو مات في اخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما
وضع المسئلة في نصف السنة لانه لو مات في اخر السنة يستحب صرف
ذلك الى قريبه لانه قد اوفى عناه فيستحب الصرف اليه ليكون اقرب
الى الوفاء باب احكام المرتدين لما فرغ من بيان
احكام الكفر الاصلي ذكر في هذا الباب احكام الكفر الطارئ لان الطارئ
انما هو بعد وجود الاصلي وكلامه واضح وقوله الا ان العرض على
ما قالوا غير واجب ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب عرض
الاسلام على المرتد هكذا روي عن عمر رضه لان رجاء العود الى الاسلام
ثابت لاحتمال ان الردة كانت باعتراض شبهة وقوله وتاويل الاول
يعني قوله ويحبس ثلاثة ايام انه يستمهل اي يطلب المهلة فيحبس ثلاثة
ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا باس بقتله
الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة قال قيل
تقدير المدة هاهنا بثلاثة ايام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه لانه
من المقادير اجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان
ورود النص في خيار البيع بثلاثة ايام ورود فيه لان التقدير بثلاثة ايام
هناك انما كان للتامل والتقدير هاهنا ايضا للتامل وقوله ولانه كافر
حربي بيانه انه كافر لا محالة وليس بمستامن لانه لم يطلب الامان ولا ذمي

وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة
ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناها بالثلث ولنا قوله تع اقتلوا المشركين وقوله عليه السلام من بدل
دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب
لامر موهوم ولا فرق ح

ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق [illegible] الدلايل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له
ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل
ومعنى الكراهة ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة
فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي تقتل لما رويناه ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية متغلظة فيناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا

لانه لم يقبل منه الجزية فكان حربيا وقوله لاطلاق الدلايل يعني قوله تعالى فاقتلوا
المشركين وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان
يتبرأ عن الاديان كلها يعني بعد الاتيان بالشهادتين واما المرتدة فلا تقتل
فان قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت او امة قال في النهاية كذا في المبسوط
وقوله لما رويناه اشارة الى قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه و
بهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه
ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة وكل ما هو
جناية متغلظة يناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة تشارك ردة الرجل
في هذه العلة فيجب ان تشاركها في موجبها لان الاشتراك في العلة يوجب
الاشتراك في المعلول وفيه نظر كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر
لانه اثبات ما يندرئ بالشبهات بالرأي ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل
النساء ولان القتل جزاء الكفر والاصل في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء
وهي الاخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي يبتني عليه اظهار علم
لان الناس يمتنعون عن الكفر خوفا منه فصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه
اخلال بالابتلاء وانما عدل عنه اي عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها دفعا
لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لان بنيتهن غير صالحة
لذلك بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والكافرة الاصلية لا تقتل
فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله عليه السلام قتل مرتدة فقد قيل انه عم
لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله عم
وكان لها ثلثون ابنا وتحرضهم على قتال رسول الله عليه السلام فامر بقتلها
والجواب عما روى انه ليس بمجرى على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر

ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء
وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال
وصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن

قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد
وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا وضم المولى
لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله
بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه
لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه

او اسلم فوفقنا انه عام لحقه خصوص فيتخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى
وقوله ولكن تحبس واعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر
الحر والحرة والامة وقوله والامة يجبرها مولاها قال ابو حنيفة رح اذا
ارتدت الامة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وامره القاضي ان يجبرها
على الاسلام قال المصنف رحمه الله اما الجبر فلما ذكرنا يعني انها امتنعت
عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار وضم المولى لما فيه من الجمع بين الحقين اي
الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهو رواية
الجامع الصغير وشرطها في رواية قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى
احتاج او استغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى
حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون
العبد اجيب بان العبد اذا ابى قتل فلا فايدة في الدفع الى المولى قال
ويزول ملك المرتد عن امواله بردته ويزول ملك المرتد عن امواله
بردته زوالا مراعى اي موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت على حالها
قالوا اي المشايخ هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول لانه مكلف
محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن من اقامة موجب
التكليف الا بالملك فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص
والجامع ان كلا منهم مكلف مباح الدم وله انه حربي مقهور تحت ايدينا
بدليل انه يقتل ولا قتل الا بالحراب فكان القتل ههنا مستلزما للحراب لان
نفس الكفر ليس بمبيح ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق
الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا و
هذا اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال ملكه ومالكيته

وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال الملك والمالكية
غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كأن لم يكن
في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه
استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه قال وان مات

قال: وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته
فيئا وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لأنه مات كافرا والمسلم لا يرث
الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فيئا ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بينا فينتقل بموته
إلى ورثته ويستند إلى ما قبيل ردته إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولأبي حنيفة رح

لأن المشهورية أمارة المملوكية فإذا كان مشهورا ارتفعت المالكية و
ارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك
محال غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه وعوده مرجو وذلك يوجب
بقاء المالكية لأنه حي مكلف يحتاج إلى ما يتمكن به من أداء ما كلف به فبالنظر
إلى الأول يزول وبالنظر إلى الثاني لا يزول فتوقفنا في أمره وقلنا بزوال
موقوف وإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار
كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وإن مات أو قتل على ردته أو لحق
بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزوال ملكه لا يقال
إذا كان كذلك كان الواجب أن لا يخرج عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل
في غير هذا الموضع لأنا نقول ذلك مقتضاه إذا تساوت الجهتان وأفضى
إلى الشك وههنا ليس كذلك فإن جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم
التوقف وإنما قيد بقوله في هذا الحكم احترازا عن إحباط طاعاته ووقوع
الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الإيمان فإن الارتداد بالنسبة إليها
قد عمل عمله وقوله وإن مات أو قتل على ردته أعاده لأنه لفظ
القدوري رح والأول كان لفظ ذكره شرحا للكلام وقوله ثم هو مال
حربي فيكون فيئا يعني يوضع في بيت المال لا يكون للمسلمين باعتبار أنه مال
ضائع وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله لأنه مكلف محتاج إلى آخره
قوله ويستند يعني التوريث إلى ما قبيل ردته فيجعل كأنه اكتسبه
في حال الإسلام فورثته ورثته منه من وقت الإسلام ولأبي حنيفة رح
أنه يمكن الاستناد أي استناد التوريث في كسب الإسلام لوجوده أي
لوجود الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها

ولأبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد
في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده قبلها

ثم إنما يرثه ح

ثم إنما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة رح اعتبارا للاستناد
وعنه أنه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت
وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة
الولد الحادث من المبيع قبل القبض

أي لعدم الكسب قبل الردة ومن شرطه وجوده قبلها أي ومن شرط استناد
التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم
لأنا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك
لا يجوز ثم إنما يرثه من كان وارثا له في حالة الردة وبقي وارثا إلى وقت
موته حتى لو حدث له وارث بعد الردة بأن أسلم بعض قرابته أو ولد له
من علوق حادث بعد ردته لا يرث في رواية عن أبي حنيفة وهي رواية الحسن
عنه اعتبارا للاستناد يعني أن الردة يثبت بها الإرث بعد وجود الأشياء
الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب وإن لم يثبت قبل وجودها
فإذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلهذا اشترط أن
يكون وارثا عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته أي بموت الوارث
بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت في التوريث ومن مات من الورثة
بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه
وارثه فيه فهذا كذلك وعنه أي عن أبي حنيفة وهو رواية محمد قيل
وهو الأصح أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت يعني الأمور الثلاثة سواء
كان موجودا وقت الردة أو حدث بعد انعقاد السبب قبل تمامه
كالحادث بعد انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض فإنه
يصير معقودا عليه بالقبض فيكون له حصة من الثمن قال في النهاية وحاصله
أن على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة
وكونه باقيا إلى وقت الموت أو القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت
المرتد أو حدث وارث بعد الردة فإنهما لا يرثان وعلى رواية أبي يوسف
يشترط الوصف الأول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني

وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة
كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة ويرثها زوجها المسلم ان
ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة
بخلاف المرتد قال وان لحق

دون الاول ويرثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه
يصير فارا وان كان صحيحا لانه بالردة اشرف على سبب الهلاك كالمرض فاشبه ردته
التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن في حالة
المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل ابو حنيفة رح يستند
التوريث الى ما قبل الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها
وغير المدخول بها لان الردة موت وامراة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها
او لم تكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيه
المدخول بها وغيرها واما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم
من المسلم حقيقة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من اثار النكاح
من الدخول وقيام العدة وقوله بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح
خالف ما كسبه في حال ردته فهو فيء عندنا وفرق بينهما بقوله لانه لا حراب
منها ومعناه فلا تقتل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق ان
المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة النفس
فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف
الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين
ملكها فيكون ميراثا لورثتها ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي
مريضة والقياس ان لا يرثها لان قرار الزوج انما كان يتحقق اذا مات وهي
في العدة الا ترى انه لو كان طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها
الميراث لانها ليست في عدته ثم ههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا
يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله لقصدها ابطال
حقه وبيانه ان حقه تعلق بمالها لما كانت بالردة قاصدة ابطال حقه
بمرضها

فارة

قال وان لحق بدار الحرب مرتدا او حكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه
ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا لانه كان
نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام
الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء
القاضي فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف

فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت
صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك
لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرثها زوجها
منها قال وان لحق بدار الحرب مرتدا اي ان لحق المرتد دار الحرب
وحكم القاضي بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون
التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين عندنا
وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا وهو احد اقواله لانه نوع غيبة فاشبه
الغيبة في دار الاسلام والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا
ولنا ان باللحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه
بين اظهرهم واعتقاده كاعتقادهم واما حكما فلانه لما ابطل احرازه
ونفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب صار حربا على المسلمين فاعطي
حكم اهل الحرب في دار الحرب وهو كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى
اومن كان ميتا فاحييناه ولان ولاية الالزام منقطعة كما هي منقطعة
عن الموتى الا ان لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا
فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته بالحكم ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي
ما ذكرناها يعني قوله عتق مدبروه الى آخره كما في الموت الحقيقي وقوله ثم يعتبر
ظ والصحيح لتقرره للحاق وقيل للسبب وهما متقاربان وقوله وهذه
رواية عن ابي حنيفة رح هو رواية زفر عنه وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة
انه يبدأ بكسب الاسلام وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقوله وعنه
اي ابي حنيفة رح ايضا وهي رواية ابي يوسف عنه على عكسه وهو ان
يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة وقوله وجه الاول الى المسنجة

وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه تصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا و
تقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه
في حال ردته قال رض وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف بذلك تقضى
من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول

وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين
فيقضي كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم ووجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه
حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة
فليس بمملوك له لبطلان اهليته الملك بالردة عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل اخر فحينئذ
يقضي منه كالذمي اذا مات ولا
وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين
ولو كان عليه دين يقضي منه
كذلك هيهنا وجه الثالث

بالسببين اى المدائنين مختلف وتوزيره ان المستحق بالسببين مختلف
والمؤدي من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مؤدي من
كسب واحد فلا بد من ادائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل
واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين
فيضاف اداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغنم وقوله وجه الثاني توزيره
ان كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط
هذه الخلافة الفراغ من حق المورث فيقدم الدين واما كسب الردة فليس
بمملوك له لبطلان اهليته الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا
تعذر قضاؤه من محل اخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن
ملكه كيف يؤدي منه دينه اجاب بقوله كالذمي اذا مات ولا وارث له
فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو
كان عليه دين قضي منه وقوله وجه الثالث ان كسب الاسلام
حق الورثة وتوزيره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة [illegible]
خالص حقه وقضاء الدين من خالص حقه اولى من حق غيره الا اذا تعذر
بان لم يف به فحينئذ يقضي دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من
اوجه الاول ما قيل ان هذا اي يناقض قوله اما كسب الردة فليس بمملوك له
لبطلان اهليته الملك بالردة والثاني ان كون كسب الاسلام حق الورثة
ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ من حق المورث
والثالث ان قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع
فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه اولى واجيب عن الاول بان المعنى
منه خلوص الحق هيهنا ان لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق في مال

وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا
تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضي من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رح يقضي دينه
من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما
قال وما باعه الخ

قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف
فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز ما صنع في الوجهين
اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية
وباطل بالاتفاق الخ

المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له الا ترى ان كسب المكاتب
خالص حقه وليس بملك له وكذا الذمي اذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا
انفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال من
قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه
في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب
الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان احدهما خالص حقه
والاخر بعرضية ان يصير خالص حقه ولا شك ان قضاء الدين من الاول
اولى هذا على طريقة ابي حنيفة وعندهما يقضي دينه من الكسبين جميعا
لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما قال
وما باعه او اشتراه ذكر التصرفات التي اختلف علماؤنا في نفاذها
وتوقفها قال وهذا عند ابي حنيفة رح وانما قال كذلك لان المسئلة من
مسائل العقد ورح وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبين
اقسام تصرفات المرتد وهو واضح الا ما نذكره فقوله يجوز ما صنع في
الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني الموت والقتل واللحاق وقوله
لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية نشر لقوله كالاستيلاد و
الطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني الاستيلاد فلو ولدت جارية فادعى
نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له
لان حقه في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب
صحيح فكذلك استيلاده حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفي فيه
بحق الملك وقوله وتمام الولاية يعني في الطلاق فانه يصح من العبد
مع قصور الولاية على نفسه قال فتبطل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد

وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد
المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد
الاهلية والنفاذ الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل

فكيف يتصور الطلاق من المرتد اجيب بان المرتد يقع طلاقه كما لو ابان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا على ما عرف على انه يحتمل ان يوجد الارتداد ولا يقع الفرقة كما لو ارتدا معا وقوله لانه اي كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة له لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح اهل الكتاب وذبائحهم فان كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية لا توراة ولا صحيفة وقد حكم بصحة نكاح المجوس والمشركين ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى ويجري التوارث بين الزوجين منهم واجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به تكاحا يقرون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لان ما هو المقصود من النكاح يحصل بعد ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا كذلك على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف المجوس واهل الشرك فانهم دائروا دينا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده اذا لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله كالمفاوضة معناه ان المرتد ان فاوض مسلما توقف فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق وقوله وهو ما عددناه يعني قوله وما باعه او اشتراه اي قوله على ما قررناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى وقوله ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد وقوله ولو مات ولده بعد الردة يعني لو مات ولده

ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابي يوسف يصح كما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة وعند محمد يصح كما يصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رحمه

ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال فان عاد المرتد

المولود قبل الردة بعد ما قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة لما ورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف في الكتاب المذكور وقوله على ما قررناه في توقف الملك اشارة الى ما قدمه من قوله وله انه حربي مقهور تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه اي على توقف الملك وقوله لتوقف حاله اي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله فكذا المرتد يعني حاله يتوقف بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ فكذا هنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف يتوقف تصرفه والاعتراض بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله واستحقاقه القتل جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لا نسلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضي اهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه ادميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الاهلية وقوله في الفصلين يريد به فصل الحربي وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا للخلل في الاهلية موثرا في توقف التصرفات لكان تصرف الزاني المحصن الذي يستحق القتل وقاتل العمد موقوفا لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان الاستحقاق في ذلك يعني ان الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليسا كذلك لان الاستحقاق فيهما جزاء على الجناية وقوله وبخلاف المرأة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة قال فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار

فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا

واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه

الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه اي على الوارث قال شمس الائمة الحلواني في هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه هكذا الا انه خلاف العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه فانه لا سبيل له لان ازالته صدرت من اهله في محله فكان فيه لا سبيل الى الازالة فتنفذ وبخلاف امهات اولاده والمدبرين فانه لا سبيل له عليهم لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له ان يميته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له ان يميته حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما فامهات اولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى اجله كما كانت لما ذكرنا يعني من قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي وقوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية ظ وقوله فيها اشارة الى قوله لانه لا يعتق الا حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة اشهر فان الولد يرث اباه المرتد وان كانت امه نصرانية لانه يحتاج بوجود ما في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه واما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت الردة فلم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو اي المال فيء دون نفسه ويجوز

فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد يتبع له لقربه الى الاسلام بالجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم يتبعها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء

فان لحق ثم رجع

فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي اسلم

ان يكون المال فيئا دون نفسه كما ذكرنا في الباب وان لحق ثم رجع يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاقه ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم والفرق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربي واذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة اخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية رد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا او في بعض روايات السير يكون فيئا لا حق للورثة فيه لان اللحوق لا يثبت حكمه الا بالقضاء واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء للمرتد الذي اسلم اما جواز الكتابة فلانه لا وجه الى ابطالها لنفوذها بدليل منفذ وهو قضاء القاضي باللحاق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن او ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تحل بملك الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما اخذ ما وجده بعينه في يد وارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعل الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان في الوكالة خلافة فجعلناه كالوكيل احتيالا لابقاء حكم الحاكم في صحة الكتابة فكانه وكله في كتابة عبده وحقوق العقد فيه اي في عقد الكتابة ترجع الى الموكل واما ان الولاء للمرتد الذي اسلم فان الولاء لمن اعتق والعتق انما يحصل منه بعد اداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد اداء بدل الكتابة لان الملك الذي كان له

لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد ترجع فيه الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه

واذا قتل

واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في ماله الذي اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا
الدية فيما اكتسبه في حال الاسلام والردة لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله
لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب
في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده واذا قطع يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله
ثم مات على ردته من ذلك او لحق ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية
حلت محلا غير معصوم فاهدرت
بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم
فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه
الاعتبار اما المعتبر فقد يهدر
بالابراء فكذا بالردة واما الثاني

قال واذا قتل المرتد رجلا كلامه واضح وقوله لانعدام
النصرة يعني ان التعاقل انما يكون باعتبار التناصر واحد لا ينصر المرتد
فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام
دون الردة عند ابي حنيفة وعندهما الكسبان جميعا ماله فقوله وعنده
ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان التمام مقتضيا لقصر الفصل لينفصله عن
الصفة وقوله اما الاول يعني ما اذا مات على ردته وقوله فاهدرت
يعني السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في
الخطأ لان قطع اليد صار نفسا بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم
فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئا وان كان معصوما وقت السراية
لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا
بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا اما المعتبر فقد يهدر بالابراء
فكذلك بالردة وقوله فان لم يلحق واسلم يعني اذا قطع يد المسلم ثم
ارتد والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات من ذلك فعليه
الدية كاملة وقوله في جميع ذلك اي فيما اذا مات على ردته او لحق بدار
الحرب ثم جاء مسلما او لم يلحق واسلم وقوله لان اعتراض الردة اهدر
السراية فانقلبت فلا ينقلب بالاسلام الا الضمان دليله ان الردة
معنى لو مات عليه لم تجب بالسراية وكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت
يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او تفاسخا البيع ثم مات العبد لم تجب
الا دية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم تجب
بالسراية شيء لان الاقدام على البيع ابراء لما ثم الجناية من حيث المعنى
وصار كما اذا قطع يد مرتد واسلم سواء مات من القطع او لم يمت

واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة
في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال
وان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح في جميع ذلك نصف
الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الا الضمان كما اذا قطعت يد مرتد فاسلم ولهما

ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لانه
لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم و
حالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين واذا ارتد المكاتب

حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على
الاصل المذكور من ان المهدر لا يلحقه الاعتبار ولهما ان الجناية وردت
على محل معصوم لان الفرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت
على محل معصوم لان الفرض انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس والباقي
ظ وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين يعني اذا قال لعبده ان
دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق
اما لو عدم الملك عند اليمين او عند الحنث لم يعتق وفرق بين
الردة والبيع فان الردة ليست بابراء ولا يستلزمه لانها ما
وضعت لتبديل الدين ويصح من غير ابراء الا انه اذا مات على
ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني
عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع
الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابراء وذكر فخر
الاسلام في شرح الجامع الصغير ان قول محمد وزفر قياس وقول
ابي حنيفة وابي يوسف استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان
القاطع هو الذي ارتد فقتل او مات المقطوع يده بالسراية مسلما
وحكمه انه ان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود
وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ
فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما و
جناية المسلم اذا كان خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت
قتلا فلهذا كان على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه
في حال ردته كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل

قال في الحاشية ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند اليمين او عند الحنث لم يعتق هذا هو الحكم في المقطوع يده واما القاطع فهو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده من قطع اليد مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد كذا في المبسوط

وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفي مولاه مكاتبته
وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتبا وأما عند أبي حنيفة رح
فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف
تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا
بالأدنى بطريق الأولى وإذا ارتد

جنايته أحد وأما عند أبي حنيفة رح فيحتاج إلى الفرق بين المرتد الحر وبين المكاتب
حيث لم يجعل كسبه ملكا له إذا كان حرا وجعله ملكا له إذا كان مكاتبا ووجه
الفرق ما ذكر أن المكاتب يملك أكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف
بالردة ~~فإنه لا يتوقف بالردة~~ لأنه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق
الذي هو شبيه الموت وإذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الأكساب الحاصلة
بسببه وأوضح ذلك بقوله ألا ترى أنه أي المكاتب لا يتوقف تصرفه بالأقوى
وهو الرق فكذا بالأدنى يعني الردة بالطريق الأولى وإنما كان الرق أقوى
من الردة في المانعية عن التصرف لأن تصرفات المرتد نافذة بالإجماع كالاستيلاد
والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كما يصلح كالبيع والشراء ونحوهما
وأما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرفات المكاتب
مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه أيضا مع أنه مرتد وإنما قال صاحب النهاية
قلت لشيء في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع
~~الرق المكاتب عن التصرف~~ عدم منع الردة عنه لأنه إذا لم يمنعه كل واحد
منهما على الانفراد جاز أن يمنعاه عند الاجتماع لأن للاجتماع تأثيرا كما أن
ثم اجتمع ههنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز
أن يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الأوصاف قال رح أما الكتابة فهي مطلقة
للتصرف لا مانعة وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف
بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما إذا أقام أحد المدعيين أربعة
من الشهود بل الرجحان إنما يثبت بوصف في العلة لا بعلة نفسها إلى آخر
لفظه وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لأنه ما برز السؤال
من حيث إنهما عند الاجتماع لم لا يجوز أن يكون مانعا عن التصرف بناء على أن

وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدها
ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الأول على الإسلام ولا يجبر
ولد الولد وروى الحسن عن أبي حنيفة رح أنه يجبر تبعا للجد
وهو ظاهر الرواية ووجهه أنه لو كان مسلما تبعا للجد لكان تبعا لجد جده فيصير الناس

الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل من الأفراد ولعل الهيئة إنما
يكون لها زيادة تأثير إذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجي أو اعتباري
حقيقي لا وضعي ولا يمكن ذلك من الرق والردة قال وإذا ارتد
الرجل والمرأة والعياذ بالله قيل قوله فحبلت المرأة في دار الحرب تقييده
بدار الحرب اتفاقي فإنها إن حبلت في دارنا ثم لحقت بدار الحرب فالجواب
كذلك ولعله ذكر لفائدة وهي أن العلوق إذا كان في دار الحرب كان
أبعد عن الإسلام وإذا كان في دار الإسلام كان أقرب إليه باعتبار الدار
لكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرا لها بالطريق
الأولى وكلامه واضح وقوله ولا يجبر ولد الولد هو ظاهر الرواية و
وجهه أنه لو كان مسلما تبعا للجد كان تبعا لجد جده فيكون الناس كلهم
مسلمين بتبعية آدم عليه السلام ولو كان تبعا للأب وهو تبع لكان التبع
مستتبعا للغير وروى الحسن رح عن أبي حنيفة أنه يجبر تبعا للجد لأن
التبعية في حق الأب للتوريث والتوريث ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة
الأب في النكاح وبيع مال الصغير وقوله كلها على الروايتين يعني في
ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الأب في تلك المسائل وفي رواية الحسن
عن أبي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الأب أما صيرورة الولد مسلما بإسلام
جده فهي ما ذكرنا وأما صورة صدقة الفطر فهي أن الأب إذا كان معسرا
أو عبدا والجد موسرا هل يجب فطرة الحافد عليه أو لا وأما صورة
جر الولاء فلأنه إذا أعتق الجد والحافد حر والأب رقيق هل يكون ولاء
الحافد لموالي الجد أو لا يكون وصورة الوصية للقرابة إذا أوصى رجل لذي
قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أو لا على الروايتين وذكرنا

وأصله التبعية في الإسلام وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر
والثالثة جر الولاء والأخرى الوصية للقرابة

قال وإذا ارتد الصبي

قال ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رح ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث
ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي اسلامه ليس
باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها
المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضه اسلم في صباه وصحح النبي عم اسلامه واقتخاره بذلك مشهور ولانه اتى

بهذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله
وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد يعني يجرى
عليه احكامه فيبطل نكاحه ويحرم من الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل
وان ادرك كافرا ولكنه يحبس وتوجيه تحرير المذاهب في الكتاب ظ وقوله
لهما اي لزفر والشافعي انه اي الصبي الذي يعقل تبع لابويه فيه اي في
الاسلام فلا يجعل اصلا يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للابوين ولا يصح
بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبين القدرة
والعجز تناف واحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود
بالاجماع فينتفي الاخر ورقه وقوله ولانه يلزمه دليل اخر واضح وقوله
وافتخاره به مشهور بشير الى ما قال علي رضه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما
ما بلغت اوان حلمي واختلف الرواية في سنه حين اسلم وحين مات
قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان و
خمسين سنة لان النبي عليه السلام دعاه الى الاسلام في اول مبعثه ومدة
البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت
بموت علي رضه واذا ضممت خمسا الى ثلاث وخمسين صار ثمانيا و
خمسين وقال القتيبي اسلم وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن ستين
وقوله ولانه اتى بحقيقة الاسلام دليل اخر وهو ظ وقوله وما يتعلق به
سعادة ابدية يجوز ان يكون معطوفا على التصديق اي هو التصديق
الاصلي وهو ما يتعلق به ويجوز ان يكون خبر مبتدا محذوف ويجوز ان
يكون مبتدا وخبره قوله هو الحكم الاصلي على تقدير ان يكون بغير واو
ويجوز ان يكون قوله ما يتعلق به مبتدا وقوله سعادة ابدية خبره

ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف
والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي
ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالي بشوبه ولهم

ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه يتعلق به اعلى المنافع على ما مر
ولابي حنيفة رح ومحمد فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام
لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم

وهو الاولى وهو جواب عن قوله ولانه يلزمه احكام تشوبها المضرة
وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا تنفل في الايمان وفي ضرورة
كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه
فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل والجواب
انا لا نسلم ان من ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا فان المسافر اذا صلى الجمعة
وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى في اول الوقت وقع فرضا وليس
بمخاطب عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل
اصلا ان احدى الجهتين مؤيدة للاخرى فلا تكونان متنافيتين وذلك كالجندي
اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنيته مقصودا وتبعا
للسلطان ايضا وقوله ولهم اي لابي يوسف وزفر والشافعي وقوله
ولابي حنيفة ومحمد رح فيها اي في الردة انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة
كما قلنا في الاسلام فان رد الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح كما ان رد الاسلام
انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما
هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس وفرق الشارع بينهما وقياس
فاسد بالوضع على ما عرف في الاصول والجواب ان هذا اقتباس من الوجود شرع
وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله الا انه يجبر
على الاسلام هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه
وقوله لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم
قال في النهاية فيه نظر لانه اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة
لصباه والله تع ارحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا
كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشي

وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على
تغيير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل
باب البغاة

باب البغاة وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن عليا رض فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤوه فإن بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رض هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لأن نفس الكفر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الإمكان والمروي عن أبي حنيفة رح من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة قال فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر دليله لا حقيقته ولا تسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال لقول علي رض يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة فإن كانت تقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه وقال الشافعي لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه ولنا أن عليا رض قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها قال وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانيا لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فإن كانوا صرفوه في حقه أجزى من أخذ منه لوصول الحق إلى مستحقه وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك لأنه لم يصل إلى مستحقه قال رض قالوا لا إعادة

ومشار إليه في المبسوط ثم قال وأولى ما يعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه في تعليل المبسوط وهو قوله وإنما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصبي

باب البغاة

أخر هذا الباب عن المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع الباغي كالقضاة جمع القاضي وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فإن أهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة إلى العود لم يكن عليهم شيء لأنهم علموا ما يقاتلون عليه فحالهم في ذلك كالمرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لأن عليا رض فعل ذلك بأهل حروراء بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها أول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم علي أبا موسى الأشعري بينه وبين معاوية قائلين إن القتال واجب بقوله تع فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله وعلي ترك القتال بالتحكيم وبقوله تع ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون وذلك أنه أنفذ ابن عباس رض ليكشف شبهتهم ويدعوهم إلى العود فناظرهم واستدل قال ابن عباس رض هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض حمام وفيه التحكيم يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي رض موافقا للنص فألزمهم الحجة فتاب البعض وأصر البعض وكلامه واضح وقوله والمروي عن أبي حنيفة رح من لزوم البيت يريد به ما روى الحسن رح عن أبي حنيفة الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه السلام من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار محمول على عدم الإمام أما إذا كان المسلمون مجتمعين على إمام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرجت عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصرة لإمام المسلمين لقوله تع فقاتلوا التي تبغي

قال رض قالوا لا إعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة وكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء وكذلك لأنه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الإمام لأنه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه وتأويله إذا لم تجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الإمام فيجب القصاص وإذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فإنه يرثه وإن قتله الباغي وقال كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف رح لا يرث الباغي في الوجهين وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي في القديم إنه يجب وعلى هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا له أنه أتلف مالا معصوما أو قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا إجماع الصحابة رض رواه الزهري ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم وهذا لأن الأحكام لا تثبت إلا بالإلزام أو الالتزام ولا التزام لاعتقاد الإباحة عن تأويل ولا إلزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل يثبت الإلزام باعتقاد الخلاف الإثم لأنه لا منعة في حق الشرع إذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث ولأبي يوسف في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا إلى استحقاق الإرث ولهما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضا إذ القرابة سبب الإرث فيعتبر الفاسد فيه إلا أن من شرطه بقاؤه على ديانته فإذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فيجب الضمان قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم لأنه إعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرف من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الأمصار لأهل الصلاح وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

فإن الأمر للوجوب وقوله أجهز واتبع على بناء المفعول ويقال أجهزت على الجريح إذا أسرعت قتله وتممت قتله وقوله ولا يقتل أسير هو منقول عن علي ولا يكشف ستر أي لا يسبى نساؤهم لأنه روي أن أصحاب علي رض سألوه قسمة ذلك فقال إذا قسمت فمن يكون عائشة والقدوة اسم للاقتداء كالأسوة اسم للائتساء ثم يقال فلان قدوة أي يقتدى به وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله ويحبسهم إلى قوله دفعا للشر وقوله ولأنهم مسلمون معطوف على قوله لقول علي رض وقوله أما عدم القسمة فلما بينا إشارة إلى قول علي ولا يؤخذ مال وقوله لأنهم مسلمون وقوله وأزعجوا أي قلع أهل البغي من المصر قبل ذلك أي قبل إجراء أحكامهم على أهله وقوله في الوجهين أي في الوجه الذي قال أنا على الحق وفي الوجه الذي قال أنا على الباطل وقوله رواه الزهري قال الزهري وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله عليه السلام كانوا متوافرين فاتفقوا على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع وقوله ولا التزام لاعتقاد الإباحة يعني أن الباغي اعتقد إباحة مال العادل بأن العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله ولهما فيه أي ولأبي حنيفة ومحمد في قتل الباغي العادل وقوله فيعتبر الفاسد أي فيعتبر التأويل الفاسد في دفع الحرمان وقوله ثم يوصف الدافع أي التأويل الدافع للضمان وقوله وليس ببيعه بالكوفة بأس باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولا وإلا فالحكم في غيرها كذلك وقوله إلا بصنعة يريد به الحديد لأنه إنما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب إليه ألا ترى أنه يكره بيع المعازف قيل جمع معزف ضرب من الطنابير تتخذه أهل اليمن ولا يكره بيع الخشب

كتاب اللقيط

كتاب اللقيط

سمي به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه ففرض قال اللقيط حر لان الاصل في بني ادم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رض ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان

لانه انما يصير معينا بفعل غيره وقوله وعلى هذا بيع الخمر مع العنب اي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والوجه لابي حنيفة بان كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وكراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سيأتي في باب الكراهية ان شاء الله تعالى والله تعالى اعلم

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي هو دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه الاحياء وقد قال الله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه لما انه يلتقط وقوله حر اي في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد كذا في شرح الطحاوي وقوله لان الاصل في بني ادم الحرية لانهم من ادم وحوى وهما حران والرق انما هو بعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن دار الاسلام الحرية وقوله هو المروي عن عمر وعلي رض روي عن علي رض انه قال اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين وعن عمر رض مثله وقوله والخراج بالضمان اي له غنمه وعليه غرمه اي غلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد لانه قبل الرد في ضمانه يقال خارج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم وقوله فيه اي في بيت المال ويقال تبرع الرجل وتبرع بالضم اذا تفضل على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع وقوله الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية وفي قوله ليكون دينا اشارة الى انه انما يصير دينا اذا قال ذلك في اصح الروايات من قال بمجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك

ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية

قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه

دينا عليه لان امر القاضي نافذ عليه كامره بنفسه ان لو كان من اهله ولو كان من اهله وامره بالانفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذا اذا امره القاضي والاصح ان لا يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لان مطلقه محتمل وقد يكون للحث والترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه وقوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل اخر فالملتقط اولى لانهما استويا في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وقوله ثم قيل يصح في حقه اي في حق النسب وقيل يبتني عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظ ولده من غيره وقوله ولو ادعاه الملتقط اي ولو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعد ما قال انه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لانه لا يبطل بدعواه حق احد ولا منازع له في ذلك والاصح انه على القياس والاستحسان اي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط ووجه القياس في دعوى غير الملتقط تضمن ابطال حق الملتقط فلذلك لم يصح دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى انه ابنه فكان متناقضا وفي الاستحسان يصح دعوته لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه وهو في هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله انه متناقض فلا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء فقد يشتبه على الانسان حال ولده فالصبي

ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل

وان اقام ه اثنان و وصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه
وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت
حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد

ويظن انه لقيط ثم ينتج بعد ذلك انه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت
النسب كالملاعن اذا اكذب نفسه وان ادعاه اثنان و وصف
احدهما علامة في جسده فهو اولى به اي يجب على الملتقط ان يدفع اللقيط
الى الذي وصف علامة في جسده فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان
ووصف احدهما واصاب في وصفه لان الواصف اولى بذلك اللقيط
فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف
احدهما واصاب ولم يصف الاخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا
انفرد الواصف يحل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يلزم وههنا يلزم اجيب
بان الفرق بينهما بان اصابة الوصف امر محتمل يحتمل انه اصاب لانه له
ويحتمل انه اصاب لانه راى في يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق
على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج
اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق
وهو الدعوة لانها سبب الاستحقاق في حق اللقيط الا ترى انه لو
انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو اقام البينة فيعتبر الوصف لترجيح
سبب الاستحقاق واما في اللقطة فمجرد الدعوى ليست بسبب للاستحقاق
حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل الاستحقاق و
الوصف لا يصلح سببا له فافترقا وقوله واذا وجد في مصر من
امصار المسلمين على ما ذكر في الكتاب ظ وقال في النهاية والمسئلة
في الحاصل على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد
ونحوه فيكون محكوما بالاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان
اهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما بالكفر لا يصلى عليه اذا

واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما
وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره
فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا
وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة

وان كان الواحد

وان كان الواحد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط
اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح
لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي
بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى

مات والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم
في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلف الروايات ففي كتاب
اللقيط نقول العبرة للمكان في الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة
عن محمد ان العبرة للواجد ايضا كذا في المبسوط وقوله وفي بعض النسخ
يعني نسخ دعوى المبسوط وقوله ومن ادعى ان اللقيط عبده ظاهر
فان قيل البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم ههنا لان اللقيط
ليس بحر فلا يكون خصما عنه اجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده
لانه يمنعه عنه فيزعم انه اي حفظه فلا يتوصل المدعي الى استحقاق يده
عليه الا باقامة البينة فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لان
دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف
بثبوت النسب والرق وهو مضرة فيثبت الاول دون الثاني لان
الاول لا يستلزمه لان المملوك قد يلد له الحرة فلا يبطل الحرية الظاهرة
بالشك ويمكن ان يعتبر كلامه دليلين على مطلوبين احدهما انه
يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه لان المملوك
قد يلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد تلد له الامة فيكون عبدا والظاهر في
بني ادم الحرية فلا يبطل بالشك قال والحر في دعوته اللقيط اولى
من العبد اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان او المسلم والذمي وهما
خارجان دعوى بنوة فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي وكذلك
اذا اقاما البينة ولم يثبت احدهما اكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان
وللذمي مسلمان كان للمسلم لان بينة كل واحد منهما حجة في حق الاخر
ولم يثبت احدهما اكثر اثباتا فكان المسلم اولى واما اذا كانت بينة الكافر

ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه
ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا يبطل الحرية الظاهرة بالشك
والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد

وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا
ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه
للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشرى ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط
لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرف في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان
ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق
بالرأي الكامل والشفقة الوافرة و
الموجود في كل منهما احدهما ويجوز ان
يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا
يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا و
تملكه الام ووصيها قال ويسلمه في

الكفر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام ولو ادعى الذمي صبيا في يد رجل
انه ولد على فراشه واقام على ذلك شاهدين مسلمين واقام عبد
مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضي للذمي
ولم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي اكثر اثباتا لانها تثبت النسب
بجميع احكامه واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح
باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا فهو اولى من المسلم الخارج و

اذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او على دابة هو عليها فهو له وكذا
الدابة اعتبارا للظاهر لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من
اهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه اصله القميص
الذي عليه قال قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك
للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك أجيب بان الظاهر
يدفع دعوى الغير وقوله ثم يصرفه الواجد اليه ظ وقوله والموجود
في كل واحد منهما اي من الملتقط والام احدهما لان للملتقط رأيا كاملا
ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا رأي لها وقوله من باب تثقيفه
التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح واستعار
للتأديب والتهذيب وقوله بخلاف الام لانها تملكه اي تملك اتلاف
منافعه فانها تملك استخدام ولدها واجارته كتاب
اللقطة اللقطة واللقيط متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط
بني ادم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني ادم
اللقطة وهو الشيء الذي يجده ملقى ويأخذه امانة اذا اشهد الملتقط
انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون

قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال رض وهذا رواية القدوري في
مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه و
وجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على

لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف
الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك
لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير
اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد

فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وقوله بل هو الافضل عند
عامة العلماء احتراز عن قول من يقول انه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه
وذلك حرام شرعا وعن قول من كان يقول اخذه جائز وتركه افضل
لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها
صاحبها لان صاحبها انما يطلبها في ذلك الموضع وهو الواجب اذا خاف
الضياع على ما قالوا والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين
ما يكون اخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع واستدلوا على ذلك بقوله تعالى
والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض ولما كان وليا وجب عليه
حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه فاذا خاف عليها الضياع
وجب عليه حفظه فكذلك اذا خاف على مال غيره وما لا يكون واجبا و
هو ما اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا
على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن ان يصل اليها يد خائنة
فتكتمها عن مالكها وقيل تركه افضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها في
الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب واذا كان كذلك
اي اذا كان اخذها مأذونا شرعا لا تكون مضمونة عليه كذا في بعض الشروح
وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه واذا اشهد
الملتقط انه يأخذها اي لا يكون مضمونة وكذا اذا تصادق الملتقط
لانه لم يأخذها لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت امانة لا تكون
مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك انه اخذها للمالك
لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما اذا اقام الملتقط البينة على انه
اخذها ليوصلها الى المالك ولو اقر الملتقط انه اخذها لنفسه ضمن بالاجماع

وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح
لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان
وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله
لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي
واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس
قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا

لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه
وقال الآخذ اخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف لا يضمن والقول قوله اما عدم الضمان فلان الظاهر شاهد له لاختياره
الحسبة دون المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل
له شرعا الاخذ للرد لا للنفس فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي
قائم مقام الاشهاد عليه واما ان القول قوله فلان صاحبها يدعي عليه سبب
الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو ينكره والقول قول المنكر مع يمينه
كما لو ادعى عليه الغصب وقوله ولهما انه اقر بسبب الضمان ط قيل هذا الاختلاف
في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او
خاف انه لو اشهد عند الرفع ان يأخذ منه الظالم وترك الاشهاد لا يكون
ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهد فلم يشهده حتى جاوزه ضمن
لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله ويكفيه في الاشهاد ان يقول ظاهر
وقوله وهذه رواية عن ابي حنيفة رح يشير الى انها ليست ظاهر الرواية فان
الطحاوي قال واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا
او خسيسا في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار تساوي الف درهم
يريد به ما رواه البخاري في الصحيح مسندا الى ابي بن كعب رض قال اخذت
صرة فيها مائة دينار فاتيت النبي عليه السلام فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد
من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته فقال احفظ
وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وفيه نظر
لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب واقول هذا الحديث يدل على
ان التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة

قال رض وهذه رواية عن ابي حنيفة وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل
والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عم من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول
ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق
استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس
في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى به
وقيل الصحيح

وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه
ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد
تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي المجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان
كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز
الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح
قال وان جاء

على المراد وقوله وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير اشارة الى ما
اختاره شمس الائمة السرخسي رح وقوله كالنواة وقشور الرمان يعني اذا
كانت في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز الا
نتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه
لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز ان يأخذها لان
الالقاء منه كان دليل الاذن لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح
وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان
صاحبها لم يجمعها فالظاهر انه ما القاها قال وان جاء صاحبها والا تصدق
بها يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايصالا للحق الى المستحق
الدفع اليه كما في الفضولي والا اي وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء تصدق
بها ايصالا للعوض الى المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازة التصدق بها
ان استحقه وان شاء امسكها رجاء للظفر بصاحبها فان جاء صاحبها
بعد ما تصدق بها الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء امضى
الصدقة وله ثوابها لان التصدق حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه
فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل
عندها كما في بيع الفضولي وليس بلازم حتى لو اجاز المالك بعد هلاكها
صحت الاجازة فاجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط
لما كان ماذونا له في التصدق شرعا ملك الفقير بنفس الاخذ لان التصدق
من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان
قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا
كان قائما في يد الفقير واجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد

قال وان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها
عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها
قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان
حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل
بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه
وان شاء

وان شاء ضمن الملتقط لانه سلّم ماله لغيره بغير اذنه الا انه اباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله **قال** ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة

قال فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين ان شاء الله تعالى

واذا رفع ح

كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت امواله بين ورثته فانه ياخذ ما وجده قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك بيعه فلابد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة ولكن يشترط قيام المحل يشترط قيام البايع والمشتري والمالك وسيجيء تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو ظ فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع اجاب بقوله الا انه اباحة من جهة الشرع يعني ان الاذن كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين لما ذكره في الكتاب وهو واضح وان كان العين قائمة اخذها لانه وجد عين ماله وحاصله ان المالك ان لم يجز الصدقة فلا يخلو اما ان تكون اللقطة قائمة في يد الفقير او هالكة فان كانت قائمة اخذها وان كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء لان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسلم بدونه لا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان الغرور اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا وقوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير سوى الفاظ تذكر ما قوله والاباحة اي اباحة الاخذ وقوله فاذا كان معها اي مع اللقطة ما يدفع به عن نفسها يعني ما يهلكها كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه وكذلك في الفرس وقوله فيقضى بالكراهة اي بكراهة الاخذ وقوله وفي هذا النظر من

واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستوفي النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا النظر من الجانبين قالوا انما يامر بالانفاق يومين او ثلاثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة

قال في الاصل ح

الجانبين

قال رضه في الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يامر فيه بالانفاق وانما يامر في الوديعة فلابد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا ترجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح

قال واذا ح

الجانبين اي من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة وقوله فاذا لم يظهر يامر ببيعها فاذا امر ببيعها فبيعت يعطي القاضي من ذلك الثمن ما انفق بامره في اليومين والثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على اخذ حقه لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه فكان للقاضي ان يعينه على ذلك وقوله وفي الاصل شرط اقامة البينة يعني ان الملتقط يقيم البينة على ان هذه الدابة لقطة عنده فان قيل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود ههنا اجاب بقوله وليست للقضاء اي هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بانه لقطة عندي ولكن لقطة يقول القاضي للملتقط انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت وانما يقول هذا الترديد حذرا من لزوم احد الضررين لانه لو امر مطلقا عند تقرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب ولعل بامر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد انفق عليها وقوله اذا شرط القاضي الرجوع على المالك متصل بقوله انما يرجع اي انما يرجع الملتقط على المالك اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط بقوله والاصح ان يامر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون دينا على اللقيط فيرجع على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع **قال** واذا حضر يعني المالك كلامه ظاهر وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله حتى ينفقه يقال انشدت الضالة اي عرفتها وانشدتها اي طلبتها ومعنى الحديث الذي ذكره الشافعي رح

قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن

قال ولقطة ح

قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف الى ان يجئ صاحبها لقوله عم في الحرم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها
ولنا قوله عم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء
ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتاويل ما روي انه لا تحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط
التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم يدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط
ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رح يجبر والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها

لا تحل لقطتها الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عندنا والمعرف عندنا
العفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك
والوكاء الرباط يقال اوكى السقاء شده بالوكاء وهو الرباط الذي
يشد به وقوله ابقاء ملك المالك من وجه بنفع حيث يحصل الثواب له كما في
سائرها اي في سائر اللقطات وتاويل ما روي من قوله عليه السلام لا تحل
لقطتها الا لمنشدها لا تحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص
هذا الحكم بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم وبيانه ان مكة شرفها
الله تع وعظمها مكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من كل فج عميق
ثم يتفرقون بحيث يتعذر الرجوع لهم اليها فالظاهر انها للغرباء ولا
يظن عودهم في سنة والى فينبغي ان يسقط التعريف لعدم الفائدة
فازال رسول الله صلعم عليه السلام ذلك الوهم فقال لا تحل رفع لقطتها
الا لمنشدها كما هو الحكم في غيرها من البلاد وقوله لهما اي لمالك و
الشافعي رح حاصله ان الملتقط منازع من وجه فيكتفي في الحجة بذكر
الوصف ولا يحتاج الى اقامة البينة ولنا ان اليد حق مقصود
كالملك بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باليد لانه غير قابل للنقل
ملكا وقوله وهذا اي هذا الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها
للاباحة اي وجب حمله على الاباحة لاجل العمل بالمشهور وهو قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل على
الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل ان يقول الحمل على الاباحة
عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الدفع اصلا لان انتفاء الوجوب
يستلزم انتفاء الجواز والجواب ان الشافعي رح لم يقل بانتفاء الجواز

لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط اقامة البينة
لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له
الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة
عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف
لانه يأخذ الكفيل لنفسه

بخلاف التكفيل

بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك
ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت
يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له
ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رض فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها
وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه

بانتفاء الوجوب والكلام ههنا في مقام الدفع فجاز ان يدفعه على طريق ملزمه
الخصم وقوله بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده اي عند ابي حنيفة وانما
رد الضمير اليه عليه رح وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة عنه اذا دفع اللقطة
بذكر العلامة اما اذا دفعها باقامة الاخر البينة على انها له ففي اخذ الكفيل عنه
روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلا وقوله وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر
يعني فجاز ان يكون المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك
كان اقراره ملزما للدفع اليه واما المودع فانه مالك ظاهرا فبالاقرار
بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك بيقين ثم في الوديعة اذا دفع
اليه بعد ما صدقه ويهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع
ليس له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان
هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس
بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره
وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما ثبت الملك
لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في المبسوط
وقوله وكان من المياسير اي الاغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله
حملا له على رفعها اي ليكون حاملا وباعثا على رفعها وقوله لاطلاق
النصوص يريد به قوله تع ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون
تجارة عن تراض منكم وقوله فمن اعتدى عليكم وقوله ولا تعتدوا و
قوله والاباحة للفقير لما رويناه هو قوله عم فليتصدق به وقوله
والغني محمول على الاخذ جواب عن قوله ولانه انما يباح للفقير حملا له على
رفعها وانتفاع ابي جواب عن وجه استدلاله بحديث ابي رض وقوله

ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه
على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع
ابي رض كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر
من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

كتاب الاباق الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه
من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك
الآبق ثم آخذ الابق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه
ولو دفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد

ويهو جائز اي الانتفاع للغني جائز باذن الامام لانه في محل مجتهد فيه
وقوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين يعني نظر الثواب ونظر
الانتفاع للملتقط وقوله لما ذكرناه اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق
النظر من الجانبين كتاب الاباق قال صاحب
النهاية هذه الكتب اعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود كتب
يجانس بعضها بعضا من حيث ان في كل منها عرضة الزوال والهلاك
والاباق هو الهرب والآبق هو الهارب من مالكه قصدا والآبق
اخذه افضل في حق من يقوى اي يقدر عليه لما فيه من احيائه اذ الآبق
هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له واما الضال وهو الذي لم يهتد
الى طريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه افضل لانه
لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الابق ثم آخذ الابق يأتي به الى
السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه هذا اختيار شمس الائمة السرخسي
واما اختيار شمس الائمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه
بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيها
بالخيار وقوله ثم اذا دفع اليه يحبسه ظ قوله ولنا ان الصحابة رض
اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين و
منهم من اوجب ما دونها قال عمر رض في جعل الآبق دينار او اثنا
عشر درهما وقال علي رض في جعل الآبق دينار او عشرة دراهم
وقال ابن مسعود رض اربعون درهما وقال عمار بن ياسر رض
ان رده في المصر فله عشرة دراهم وان رده خارج المصر فتجب اربعين
فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا

قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده
لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه
فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رض اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم
من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونها توفيقا وتلفيقا ولان الاياب

ولان الاياب الجعل اصله ثابت على الرد فان الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع والسمع
ورد في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ
في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر
قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضي له بقيمته الا درهما قال رض وهو قول محمد وقال ابو يوسف له
اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط
منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة
وام الولد

اي جمعا بين الروايات المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يأخذ بالاقل
المقادير لتيقنه اجيب بانه لم يؤخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن
بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من
افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر وهذا اولى لانه يعمل بكل منها وقوله
والتقدير بالسمع جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي
قوله ولان الحاجة اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانها يقتضي التساوي بين
الاصل والملحق وليس بموجود وقوله ويقدر الرضخ تفصيل لقوله وان
رده لاقل من ذلك فبحسابه وان عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر
درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض الى راي الامام وقوله والمدبر
وام الولد في هذا اي في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى و
هو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المص بقوله لما فيه من احياء ملكه اولى
من تعليل غيره بقوله لما فيه من احياء المالية لان ام الولد لا مالية فيها عند
ابي حنيفة رح وقوله لانهما يعتقان بالموت ظاهر في حق ام الولد
وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن
للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب
عنده وفي حق مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب او الحر وقوله ولو كان
الراد ابا المولى او ابنه وهو اي كل واحد منهما في عياله ظ ولم يذكر جواب ما
اذا لم يكونا في عياله والقياس ان يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم
يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد عبد ابيه وليس في عياله
فلا جعل له لان رد الآبق على ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة
عليه فلا جعل له في ذلك واما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل

وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما
لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل
لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم اطلاق الكتاب
قاله وان ابق

قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رض
وذكر في بعض النسخ انه لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الابق
حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو

لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب وقوله فلا شيء وهو اطلاق الكتاب
اي القدوري وهو قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام
قال وان ابق من الذي رده اذا ابق الابق من الذي اخذه ليرده
فلا شيء عليه اي لا ضمان عليه لانه امانة في يده لكن اذا اشهد عند الاخذ
وقد ذكرناه في اللقطة ان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا قال المصنف
وذكر في بعض النسخ اي نسخ مختصر القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد
اذا ابق الابق منه وهو صحيح ايضا لانه اي الراد في معنى البائع من المالك لان
عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيدها بالرد بمال يجب عليه
والبائع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك هنا يسقط الجعل
واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح وكذا اذا مات في يده فلا
شيء عليه لما قلنا انه امانة عنده ولو اعتقه المولى اي اعتقه قبل ان يقبضه
وقت لقائه صار قابضا بالاعتاق فيجب عليه الجعل واشار بقوله
بالاعتاق الى انه لو دبر مكان الاعتاق لم يصر قابضا والفرق بينهما ان الا
عتاق اتلاف المالية فيصير به قابضا كما لو اعتق المشتري العبد المشترى
قبل القبض واما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا
الا ان يصل الى يده وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا
بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان في
الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم
القبض وقوله والراد وان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد علم من
قبل ان الراد في معنى البائع من المالك ثم جوز ثم بيع المالك من الراد قبل
ان يقبضه فيجب ان لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض
ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له
والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز
قال

قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من
لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الاخذ
او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل
وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء
منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون
عليه والرد في حيوة الراهن وبعده
سواء لان الرهن لا يبطل بالموت
وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين
او اقل منه وان كانت اكثر فبقدر
الدين عليه والباقي على الراهن لان
حقه بالقدر المضمون وصار كثمن
الدواء وتخليصه من الجناية بالفداء
وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار
قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل
والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك و
الملك فيه كالموقوف فيجب على من
يستقر له
وان كان ح

ويمكن ان الجواب ان النهي ثم ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل
والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف
اليه لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي
فيكون جائزا وقوله فينبغي اذا اخذه ان يشهد انه اخذه ليرده ظ
وقوله فان كان الابق رهنا سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تعالى
وقوله والجعل بمقابلة احياء المالية فيه نظر لانه يلزمه اذا رد ام
الولد ومدبرة احياء المالية عند ابي حنيفة واجيب بانه لا مالية فيهما
باعتبار الرقبة ولهما مالية باعتبار كسبها لانها احق بكسبها وقد
احياه الراد ذلك برده وقوله وان كان مديونا اي العبد الابق
ان كان مديونا بان كان ماذونا فلحقه الدين في التجارة او استهلك
مال الغير وابق من مولاه وقوله كالموقوف يعني بين ان يستقر
على المولى فيما اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء فيما اختار البيع
ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل وقوله
وان كان اي الابق موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب
في هبته بعد الرد وانما ذكر ان الواصلة بعده لدفع شبهة ترد على ما
ذكر ما قبله بقوله فيجب على من يستقر الملك له فبقوله فعلى المولى ان اختار
الفداء فعلى هذا التقدير كان ينبغي ان يجب الجعل على الواهب لوجود
هذا المعنى فيه ووجه الدفع ان المنفعة للواهب ما حصلت
بالرد اي برد الابق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة
والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب من الرجوع في هبته فلا
يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب
وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان
موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك
الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا
جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه
كتاب المفقود

كتاب المفقود إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أو ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لإخفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لأنه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف إنما

بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد أجيب بأنه كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل أضعفها وجودا فيضاف الحكم إليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق إلى آخرهما وجودا كذا هذا وقوله وإلا كان ليصير الأوجه ظ

كتاب المفقود قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب هنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الأضداد يقال فقدت الشيء أي أضللته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أو ميت وقوله نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه إشارة إلى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح وقوله ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل بأن كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره وقوله وأنه أي الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فإنه عند أبي حنيفة رح يملك الخصومة وعندهما لا يملكها وإذا كان كذلك يعني أن وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لأن القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة إلا إذا رآه القاضي أي جعل ذلك رأيا له وحكم به فيجوز لأن القضاء إذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فإن قيل المجتهد فيه القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف أجيب بأن المجتهد فيه

اعلم أن المفقود اسم لموجود حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله وأهله في طلبه يجدون ولخفاء أثره مستور لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره فبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد والاسم في اللغة من الأضداد يقال فقدت الشيء أي أضللته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه وحكمه في الشرع أنه حي في حق نفسه حتى لا يورث ماله ولا يبين منه امرأته ميت في حق غيره حتى لا يرث ...

إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به لأنه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق

٣٧٦

قال وينفق على زوجته وأولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد وأصله أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الأول الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لأنه يصلح قيمة كالمضروب وهذا إذا كان في يد القاضي فإن كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار وإن كان أحدهما ظاهرا الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح وإن دفع

سبب للقضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف وقوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظ وقوله ومن الثاني الأخ والأخت إنما كان من الثاني لأنها نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا تجب إلا بالقضاء أو الرضاء ولهذا لم يكن لهم الأخذ بدون القضاء أو الرضاء وقوله فإذا لم يكن ذلك يعني الملبوس والمطعوم في ماله وقوله وهذا الذي ذكرنا من إنفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير إذا كانت في يد القاضي وقوله وهذا أي الاحتياج إلى الإقرار إنما هو إذا لم يكونا أي الدين والوديعة أو النكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر أنه لا ينفق منها عليهم بالإقرار لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بأن ما في يده ملك الغائب وأن للزوجة والولد حق الإنفاق منه وإقرار الإنسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود وقوله لأن القاضي نائب عنه اعترض عليه بأن القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ لا مطلقا وفي القبض للإنفاق على هؤلاء فلا يكون نائبا أجيب بأن القاضي نائب عنه في إيفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا أجاز له الإيفاء

هذا احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر رح ذكره في المبسوط وقال زفر لا ينفق منها عليهم لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بأن ما في يده ملك الغائب وأن للزوجة والولد حق الإنفاق منه وإقرار الإنسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود

وإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلا أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق

قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رح اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته
وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رض هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة
وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد
هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء
والسنين من العنة عملا بالشبهين
ولنا

ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه في الحفظ فقط
فان قلت اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن لانه دفعها
الامين في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك اجيب بان الدفع اليهم لا يوجب
اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف وقوله لان ما يدعيه
للغائب معناه ان الخصومة لا تسمع الا من المالك او نائبه والمالك
غائب ولا نائب له حقيقة لانه لم يوكله صريحا ولا حكما لان ما يدعيه
للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا
المال تجب في مال اخر في مال المفقود ولا يكون النائب حكما الا في مثل ذلك
وسيجيء تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى قال ولا يفرق بينه
وبين امرأته كلامه واضح وقصة استهوته الجن اي جرته الى المهاوي
وهي المهالك ما روى عبد الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني
حديثه قال اكلت خزيرا في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فمكثت
فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا
اتعرف النخيل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رض
ابان امراتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت
فخيرني عمر بين ان يردها علي وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك
بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله عليه السلام ولانه منع حقها بالغيبة
فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة بجامع انهما
منع الزوج حق المراة ودفع الضرر عنها فيفرق بين المولي وامراته بعد اربعة
اشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود اظهر من عذر المولي والعنين
فيعتبر في حقه المدتان في الترتيب بان يجعل السنون مكان الشهور فيتربص

باربع

ولنا قوله عليه السلام في امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وقول علي رض فيها هي امراة ابتليت
فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة
لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رض رجع الى قول علي رض ولا معتبر بالايلاء
لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا وكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة و
العنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة

باربع سنين عملا بالشبهين وقوله ولنا الخ وحاصله ان البيان في
حديث المرفوع الى النبي ص م مجمل وقول علي رض خرج بيانا لذلك المبهم وقوله
وعمر رض رجع الى قول علي رض رواه ابن ابي ليلى وقوله ولا معتبر بالايلاء
جواب عن قياس مالك بصورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا
كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل
ولا مؤجل ولا بالعنة جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعد ما
استمرت سنة كانت طبيعية والطبيعية لا تنحل ففات حقها على التأبيد
فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امراة المفقود فان حقها
يرجو قبل اربع سنين وبعده قال واذا
تم له مائة وعشرون سنة اختلف روايات اصحابنا في مدة المفقود
فروى الحسن عن ابي حنيفة انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد
فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا ارجع الى قول اهل
الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه
المدة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق احد
من اقرانه حيا حكم بموته لان ما يقع الحاجة الى معرفته فطريقه
في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء
وبقاؤه بعد موت جميع اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على
الظاهر دون النادر وهل يعتبر اقرانه في جميع الدنيا او في الاقليم
الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفي المروي
عن ابي يوسف مائة سنة لان الغالب لا يعيش احد في زماننا
اكثر من مائة سنة وقدر بعضهم بتسعين لانه متوسط ليس

قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رض وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رح
وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رح بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين
والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين

واذا حكم بموته
لانه تعد الغاية في زماننا والحيوة بعدها نادر ولا عبرة للنادر

واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في
ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه
لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة

ولا يرث

بغالب ولا نادر والاقيس وهو افعل التفضيل للمفعول وهو المقيس
على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات النحيين ان لا يقدر لشيء
من المقدرات كالمائة والتسعين لكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر
بشيء اصلا لتعطل حكم المفقود والارفق ان يقدر بتسعين لانه اقل
ما ذكر فيه من المقادير وقوله واذا حكم بموته ظ وكذلك لو اوصى للمفقود
ومات الموصي اي لا ينفع الوصية بل توقف وذكر في الذخيرة واذا اوصى لرجل
للمفقود بشيء فاني لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية
اخت الميراث وفي الميراث يجب صحة المفقود الا ان يظهر حاله فكذلك
في الوصية والاصل المذكور في الكتاب ظ وقوله وتصادق قوله الورثة
المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده
مال اذا قال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين
لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده لهما فيجبر على
تسليم ذلك اليهما وقول اولاد الابن ابونا مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد
لانهم لا يدعون لانفسهم شيئا بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي
اليد حتى يظهر مستحقه بهذا الاقرار من في يده المال اما لو جحد ان
يكون في يده للميت فاقامت البنتان البينة ان اباهما مات
وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو
الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى
البنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما في هذا
المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات
الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف

ولا يرث المفقود مع احد مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو
لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي

ثم الاصل

ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين و
يوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود
وابن ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف

لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة

ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يده حجة و
هو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد اجنبي لانه اذا كان
في يد الابنتين والمسألة بحالها فان القاضي لا ينبغي له ان يحول المال
من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه
لا يخرج شيء من ايديهما لان النصف صار لهما بيقين والنصف
الباقي للمفقود من وجه ومر بيد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود
ان لا يجعل شيئا مما في يد البنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك
لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود فطلب البنتان ميراثهما
واتفقوا ان الابن مفقود فانه يعطي البنتان النصف وهو ادنى
ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود ولم يجز ان يقضي به
لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين
فكان النصف متيقنا به قوله ونظير هذا يعني المفقود الحمل فيه
حيث وقف النصف فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه
الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الوافي السراجية
في علم الفرائض وقوله ولو كان معه اي مع الحمل وارث آخر ان كان
لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امرأة حاملا
وجدة فان للجدة السدس لانه لا يتغير فرضها بالحمل لا يعطى
وكذلك اذا ترك ابنا وامرأة حاملا فان للمرأة يعطى الثمن لانه لا يتغير
فرضها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى كابن الابن والاخ
او العم فانه لو ترك امرأة حاملا واخا او عما لا يعطى الاخ
والعم شيئا لان من الجائز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه

ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط
بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل
لتيقنه به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بما تم من هذا

كتاب اللقطة

كتاب الشركة الشركة جائزة لأنه عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال
الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز
لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي وهذه الشركة تتحقق

الأخ والعم فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكا فلا
يعطى شيئا لذلك وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل المتيقن به كالزوجة
والأم فإنه إن كان الحمل حيا يرث الزوجة الثمن والأم السدس وإن لم
يكن حيا فهما يرثان الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس للتيقن
كما في المفقود يعني أنه إذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة
السدس كما ذكرنا في الحمل لأنه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك أخا وابنا مفقودا
لا يعطى للأخ شيئا وكذلك لو ترك أما وابنا مفقودا فإنه إن كان المفقود
حيا يستحق الأم السدس وإن كان ميتا يستحق الثلث كما في الحمل

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الأبواب المارّة
إنما ثبتت المهمّا على الوجه المذكور ولما كان للشركة مناسبة خاصة
بالمفقود من حيث أن نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب
غيره كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط
نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم سمي العقد
الخاص بها وإن لم يوجد اختلاط النصيبين لأن العقد سبب له والشركة
جائزة لأن النبي عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه
وتعامل الناس من لدن رسول الله صلعم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر
وهي على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وكلامه ظ وقوله
خلطا يمنع التمييز رأسا كخلط الحنطة بالحنطة أو إلا بحرج كخلطها بالشعير وقوله
فإنه لا يجوز بيعه البيع من الأجنبي إلا بإذن شريكه وقوله وقد بينا الفرق
في كفاية المنتهى فقيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي
سبب لزوال الملك من المخلوط إلى الخالط فإذا حصل بغير تعد كان سبب

وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهب الرجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالاهما من غير صنع
أحدهما أو بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا أو إلا بحرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير
شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى

والضرب الثاني

والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا و
يقول الآخر قبلت وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد
بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي على أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع
وشركة الوجوه فأما شركة

الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا إلى الشريك
في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه
عملا بالشبهين وقوله قابلا للوكالة احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش
والاحتطاب والاصطياد فإن الملك في هذه الصور يقع لمن باشر
سببه خاصا لا على وجه الاشتراك أي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة
ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل بتضمن
هذه العقود الوكالة بقوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق
حكمه المطلوب منه أي من عقد الشركة وشرح هذا أن هذه العقود إنما
تضمنت الوكالة لأن من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة
ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما إلا وأن يكون كل واحد منهما وكيلا
عن صاحبه في النصف وفي النصف عامل لنفسه حتى يصير المستفاد
مشتركا بينهما فصار كل واحد وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله
ثم هي أربعة أوجه ذكر في وجه الحصر على ذلك أن الشريكين إما إن يذكرا
المال في العقد أو لا فإن ذكرا فأما أن يلزم اشتراط المساواة في ذلك
المال في رأسه وربحه أو لا فإن لزم فهي المفاوضة وإلا فالعنان وإن
لم يذكراه فإما أن يشترطا العمل فيما بينهما في مال الغير أو لا فالأول الصنائع
والثاني الوجوه وفي البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساويين
إذا لم يكن لهم أمراء أو سادات فإنهم إذا كانوا متساويين تحقق التنازع
بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عزيز لا يعرف وقيل هو اسم
جمع للسري وقوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء أما ابتداء
فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه وأما انتهاء فلأن المفاوضة

فأما شركة المفاوضة فهو أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات
يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى
لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا أي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال

والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الاخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رح وقال مالك رح لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد ح

من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة يشترط المساواة فكذا في الانتهاء وقوله وذلك اي تحقق المساواة في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض او ديون على الناس لا يبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون وقوله وكل ذلك بانفراده فاسد اي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو انه وكل رجلا وقال وكلتك بان تشتري او تشتري الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول اولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لاخر وكلتك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم ليس بمرادهما فانه لا يثبت الوكالة في حق شرى الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز وقوله والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك تبعا فكذلك هاهنا الا يرى ان شركة العنان يصح وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله لان المعتبر هو المعنى دون اللفظ يعني ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لتحقق التساوي اي في كونهما ذميين وقوله ولا تجوز اي المفاوضة بين الحر والمملوك ط واعترض على قوله ولهذا انه لا تساوي في التصرف بان المفاوضة يصح بين الكتابي والمجوسي مع انهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي يتصرف في الموقوذة

يعني لو شرط ذكر جميع شرائطها عند العقد ولم يكتف بذكر لفظ المفاوضة حتى لو ذكر يصح ح

ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى **قال** ويجوز بين الكبيرين الحرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين

جملة وكذلك لا تصح بين العبدين والمكاتبين والصبيين على ما ذكر في الكتاب بعد هذا ابن كمال

قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود وكيلها انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم يصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال رح

لاعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف فيها وكذلك الكتابي يتولى نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك يصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت كما قال ابو يوسف واجيب بان عدم المساواة مبطل للعقد لا مع التفاوت في الموقوذة الا انه يعتبر لان من يحل الموقوذة ما لا يتصل فيه بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة واما سواهن في نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك يعني لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من اهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يقيم بنفسه او بنائبه واجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا يحل ذبيحته واما مسئلة الحنفي والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الولاية قائمة على ان متروك التسمية عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وقوله ولا بين الصبيين يعني وان اذن لهما ابوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من اهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله اذ هو اي العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعني عاما في انواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فيجاز ان يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم **قال** وتنعقد على الوكالة والكفالة اي وينعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا يعني وكله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الاخر واليه اشار بقوله ليتحقق المساواة فيما هو من موجبات

قال وتنعقد على الوكالة والكفالة الوكالة لتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجار اه وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا

قال وما ح

قد يكون ح

قال وما اشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا الكسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشرى فيختص به ضرورة والقياس ان

التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله لان مقتضى العقد تعليل للمستثنى منه وهو قوله يكون على الشركة وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وللبائع اي ولبائع الطعام والكسوة وقوله مما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستيجار اما صورة الشراء والبيع فظاهرة واما صورة الاستيجار فهي ان استاجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتهما او دابة او شيئا من الاشياء فللموجر ان ياخذ بالاجر ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة و كذلك ان استاجر للحاجة نفسه او استاجر ابلا لحملة يحج عليها فللمكاري ان ياخذ ايهما شاء الا ان شريكه اذا ادى من خالص ماله رجع به عليه لانه ادى ما كفل عنه بامره وان ادى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى واما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استاجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على احد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش مقدر واستحلفه فحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما لزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى انه لو ثبت بالبينة او بمعاينة السبب لم يكن على الشريك منه شيء ولا خصومة للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على احدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المراة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها

والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشرى والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل الخ

قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء صح لتضمنه المعاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق المعاوضة ولو كانت الكفالة الخ

فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو اوقت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين صورة غيره وقوله ولو كفل احدهما ظ وقوله ولو صدر يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو اقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة وقوله فبالنظر الى البقاء تضمن المعاوضة يعني وحاجتنا ههنا الى البقاء اذ المطالبة يتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي ونحوه لان كلامنا ثمه في الابتداء بانه هل يلزمه او لا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم يعتبر ههنا لان الابتداء ثمه محتاج اليه لا كذلك ههنا لصحة الابتداء لكون الضامن من اهل الضمان دون الصبي وقوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الى آخره واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح يعني ان فيه روايتين قال في المبسوط ان اقراض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع وقوله ولو سلم وهو اعارة اي ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لما كان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما ياخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية وقوله حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم لان تاجيل الاقراض والعارية جائز ولكن لا يلزم المضي على ذلك التاجيل وقوله فلو كانت الكفالة بغير امره

ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء) قال رح

متصل بقوله اذا كانت الكفالة بامره وقوله في الصحيح اشارة الى ما ذهب اليه عامة المشايخ في شروح الجامع الصغير من عدم التوقف بين ما اذا كانت بامره او بغير امره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير من التوقف بينهما واجاب عن اطلاق جواب الكتاب اي الجامع الصغير بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه يكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمه ايضا وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وبتلخيص تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة بان محمدا مع ابي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة والقول بمنزلة الكفالة وجه وجه ابي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل ما يحتمل الشركة فانه يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا يملك المغصوب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار الماذون به وهو اخذ به وكذلك يصح اقرار الصبي والماذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء وقوله وان ورث احدهما مالا بالتنوين اي المال الذي يصح الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله فان المساواة ليست

قال وان ورث احدهما ما لا تصح الشركة فيه او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

وان ورث رح

وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه **فصل** ولا ينعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف رح

تشترط فيه اي في العنان ابتداء وكل ما ليس تشترط ابتداء ليس يشترط فيه دواما لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان احد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتامل في كلام المصنف تامل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت احد المتعاقدين فكيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو ان يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء وبضم هذه المقدمة التي الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء واما ان يكون بعض العقود اللازمة ايضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان هذه المفاضلة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء **فصل** لما كان البحث عما ينعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدة وقال ولا ينعقد الشركة اي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيد بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول من يقول بها كصنيع ابي حنيفة في المزارعة ثم قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون

بخلاف المضاربة لان العقد بابا بامانا فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدى الى ربح ما
لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه
ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن
ولان اول ... الاثمان

يقتضي جواز ما وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله بخلاف المضاربة
يعني ان المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان العقد يأبى جواز ما
لا فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل
من الربح ربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك
الربح فلا يتعدى الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير واما في الشركة
فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود
كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فيصح وقوله ولنا انه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض
ثم باع احدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة
كانا شريكين في الربح الذي حصل في مبيع احدهما فيأخذ الذي باع رأس
ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح ما لم يضمن ولم يملكه
وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما برأس
المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذ الاثمان لا تتعين
بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل
منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله تفاضل الثمنان
اي فضل احدهما على الآخر كما ذكرنا واما تفاضلهما معا فمحال وقوله
ولان اول التصرف في العروض دليل آخر وقد ورد في النهاية على وجه يحرر
الى ربح ما لم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل
موضع لا يجوز الوكالة بتلك الصفة لا يجوز الشركة ومعنى هذا ان الوكيل
بالبيع يكون امينا فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا الربح ما لم يضمن فاما الوكيل
بالشراء فيكون ضامنا للثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد

ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشرى وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز
وشرى احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها
تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا

قال المص بخلاف المضاربة اقول قال في النهاية في كتاب المضاربة ان العروض يصلح رأس مال المضاربة عند مالك الا انه ... السؤال والجواب ... كتاب المضاربة

قال المص لان العقد بابا ... ربح ما لم يضمن ...

قالوا هذا اقول محمد رح لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع الاثنين بواحد باعيانها على ما
عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير
سلعة ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة صحة المضاربة بها قال ولا يجوز
بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فيصح الشركة بها هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير
ولا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة يتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف ...

ثمن وقوله قالوا هذا اي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد رح
وقيد باعيانها ليظهر ثمرة الاختلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس
نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب اما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد
واما عند محمد فلهذا ولنفي الثمنية واما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز
وعند محمد لا يجوز وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى
وقوله والاول يعني كون ابي يوسف مع ابي حنيفة اقيس لانهما لما اتفقا
على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز
الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك
المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس
حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يصح المضاربة بها اي بالفلوس النافقة قال ولا يجوز بما سوى
ذلك كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري وقوله يصلح
رأس المال فيهما اي في الشركة والمضاربة وقوله وهذا لما عرف اشارة
الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لانها اي الذهب والفضة وقوله الا ان
الاول يعني رواية الجامع الصغير اصح وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية
وقوله لانها اي لان مثاقيل الذهب والفضة وقوله الا ان يجري
التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة
بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فانه يجوز
الشركة بها كذا قيل والاولى ان يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية
تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق وقوله ولا خلاف فيه اي
في جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بيننا وان خلطا

وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب
المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون
ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه
بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف والشركة شركة
ملك لا عقد وعند محمد يصح شركة العقد وثمرة الاختلاف

وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رح
لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رح انه ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع
من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو

ثم اشتركا فعلى الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الاختلاف تظهر
عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف
لا يستحق زيادة في الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد
الربح بينهما على ما شرطا فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه اي المذكور
من المكيل والموزون والعددي المتقارب يتعين بالتعيين بعد الخلط
كما يتعين قبله وهو ظ وشرط جواز الشركة ان لا يكون راس المال
مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن ووجه قول محمد انها اي
المكيل والموزون والعددي المتقارب ثمن من وجه حتى جاز البيع بها
دينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا
بالشبهين بالاضافة الى الحالين بين الخلط وعدمه فلشبهها بالمبيع
قلنا لا يجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا بجواز الشركة
بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد الى ما يتعين باعتبار الشبهين
فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط يثبت شركة
الملك فيتاكد به شركة العقد لا بخلاف العروض لانها ليست ثمنا
بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا
لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق فمحمد يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره ان
المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من اتلفه يضمن مثله
فيمكن تحصيل راس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل
فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من اتلفه ضمن
قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فيتمكن الجهالة
كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان
المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم يصح
الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى

قال واذا اراد

قال واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة قال رضه
وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة

اي قضاء الجامع الصغير والآخر في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب
الوديعة والدليل على ان مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه
بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال
سنبينه والذي بينه هناك في كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت
وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان
قال واذا ارادا الشركة لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم
والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في
تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال واذا ارادا الشركة بالعروض
باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة لانه اذا باع
كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما
مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد
صحيحا قال المص وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس
مال الشركة واستشكل الشارحون بانه لو كان المراد بالشركة شركة
الملك لم يصح اما قوله ثم عقدا الشركة وبان العروض لا تصلح راس مال
الشركة اذا لم يبع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر اما اذا باع
فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقدا الشركة
شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض
المصنف بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه
انها شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون راس
المال عرضا ونظم كلام المص لا يساعده وانا اذكر لك ما ذكره شيخي العلامة
عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في

وتاويله اذا كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة

قال واما شركة ح

بهذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين احدهما ربح ما لم يضمن كما بينا والثانى جهالة رأس المال فاذا باع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقدا الشركة قال القدورى يجوز واختار شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوى والمرغينانى من اصحاب الشافعى لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع احدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان او مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد يجوز كما فى المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول ابى يوسف لا يجوز الا ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق لكونه اقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة اصلا لانهما من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة فى العروض تبعا وقد يدخل فى العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المص اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدورى فقال وهذه شركة ملك عندى لا ما ذكره القدورى انه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا يصلح رأس مال الشركة ونظيره ما ذكره القدورى ويستحب للمتوضى ان ينوى

الطهارة

قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهى ان يشترك اثنان فى نوع بز او طعام او يشتركان فى عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بينا ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له اى اعترض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل فى المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح وقال زح

الطهارة ثم عدل المص بقوله فالنية فى الوضوء سنة وله فى هذا الكتاب نظائر كثيرة وقوله يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة نظيره ما اذا كان قيمة عروض احدهما اربع مائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما قال واما شركة العنان هذا عطف على قوله فى اول كتاب الشركة فاما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمى به لانه يثبت عرض فى هذا العقد لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك ههنا شارك فى بعض ماله وانفرد بالباقى وكلامه ظ وقوله كما بينا اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ويصح ان يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح وجملة القول فى ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت فى الربح مع التساوى فى رأس المال جاز عند علمائنا الثلثة ويكون الربح بينهما على ما شرطا وان عمل احدهما دون الآخر واما اذا شرطا العمل على احدهما فان شرطا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون المال الذى لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل اكثر من رأس ماله جاز ايضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع اكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة

وقال زفر والشافعى رح لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدى الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما فى الربح للشركة فى الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك فى الاصل ولنا قوله عم ح

ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما

قال ويجوز

اي الشركة المفاوضة — اي الشريكان

بينهما على قدر رأس مالهما ابدا وقوله وهو قول زفر والشافعي وقوله

ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطه العاقدان والوضيعة على قدر المال رواه اصحابنا في كتبهم عن علي ابن ابي طالب رضه وقوله من غير فصل بين التفاضل والتساوي وقوله كما في المضاربة اعترض عليه بانه اذا الحق هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كانه قال اعمل في مالك وربحه لك واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا شرط رب المال العمل فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما واجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه شبيها من وجه وما اشبه الشيء من وجه لا يلزم ان يأخذ حكمه من كل وجه وقوله بخلاف اشتراط جميع الربح جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب ان شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة الى قرض او بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة و هذا العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهم ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدي الى ربح ما لم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما **قال**

ويجوز ان يعقد كل واحد منهما اخره يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه

قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الاخر سود وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه ان شاء الله تعالى من بعد **قال** وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الاخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل في الحقوق

اي عقد العنان — اي شركة العنان — قال ثم يرجع

قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه **قال** واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عُرف وهذا ظ فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بالشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظ وكذا اذا كان في يد الاخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين

اي في هذا العقد او اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة بل ينبئ عن الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة وقوله للوجه الذي ذكرناه في اول هذا الفصل انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وقوله ويجوز ان يشتركا ظ وقوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله يعني اذا لم يعرف انه ادى الثمن من مال نفسه او مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه وقوله فاذا هلك مال الشركة ظ وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانها فيهما يبطل ببطلان ما تضمنها من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعا واما الوكالة المفردة كمن وكل رجلا بشراء عبد و دفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل واما المضاربة فقد قال فخر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانهما تتعينان حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة وهو يخالف لما ذكره المص انهما تتعينان فيهما بالقبض فلعل في المسئلة روايتين وقوله لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله اي الشريك الذي لم يهلك ماله ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك ماله الا على تقدير بقاء ماله ليشركه في ماله كما يشركه هو في ماله هذا وقوله وايهما هلك هلك من مال صاحبه ظ وقوله ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فائدته تظهر في جواز بيع الكل فعند محمد انهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلكت قبل الشراء بمال الاخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت

وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الاخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها **قال** ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه

وان اشترى — هذا اذا اشترى — اي المشتري

يعني اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال الآخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا
بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان
مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة و
لم ينصا على الوكالة التي تضمنتها الشركة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم
الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا
بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما
اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة
قال ويجوز الشركة وان لم يخلطا
المال وقال زفر والشافعي لا يجوز
لان الربح فرع المال ولا يقع
الفرع على الشركة الا بعد الشركة
في الاصل وانه بالخلط وهذا
لان المحل هو المال ولهذا يضاف
اليه ويشترط تعيين رأس المال
بخلاف المضاربة لانها ليست
بشركة وانما هو يعمل لرب المال
فيستحق الربح عمالة على عمله اما
ههنا فبخلافه

شركتهما في المتاع شركة ملك وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله
معناه اذا ادى من مال نفسه الخ وقوله اما اذا هلك احدهما ثم اشترى
الآخر واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته
وقوله وانه بالخلط اي الشركة في الاصل على تأويل الاشتراك وقوله
وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني وانما قلنا ان الربح
فرع المال لان المحل اي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه
ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبر التعيين
الا ليكون الشركة في الثمرة مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها
يصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال
فيستحق الربح عمالة على عمله وقوله وهذا الاصل اشارة الى قوله
لان الربح فرع المال قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس يعني بناء على اصلهما
ذلك فانه اذا كان رأس مال احدهما دراهم والآخر دنانير ينعقد الشركة
بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي وكذلك اذا كان رأس مال
احدهما بيضا والآخر سودا ولا يجوز شركة التقبل اي على قول زفر
والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى
العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل اما انها مستندة
الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال ولا بد من تحقق معنى
الاسم فيه واما ان كل ما هو مستند اليه فهو الاصل فلان المراد بالمستند اليه
هو ان يكون غيره مبتنيا عليه وذلك حد الاصل وانما عبر عنه بهذه
العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل
من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الاصالة

وهذا الاصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز
شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى
شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا
يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت

وان تحققت الشركة بالتصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة
فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال ولا يجوز الشركة اذا شرط
لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما
ونظيره في المزارعة قال ولكل

وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز ان يضاف الحكم
الى علة العلة كما جاز ان يضاف الى علة العلة واذا كان الاصل هو العقد
وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم يختلطا المالان
والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان كالشرح
للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما
بطلت الشركة بهلاك المال قبل الشراء بهما لان هلاك المال
وبقاؤه اذ ذاك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال
موجود فلا يبالي بعد ذلك ببقائه اجيب بان بقاء الاصل شرط لوجود
الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع و
اعترض بان المالين اذا لم يخلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز
كما في العروض واجيب بان علة فساد الشركة في العروض ليس
عدم التمييز بل هي ما ذكرنا من الافضاء الى ربح ما لم يضمن وقوله
وصار كالمضاربة يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال
كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فانه ليس هناك
خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل
الفرع المترتب عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح
وتصح شركة التقبل وقوله ولا يجوز الشركة واضح وقوله ونظيره
في المزارعة يعني انه اذا شرط لاحدهما قفزان مسماة كانت
فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة ان يكون
الخارج بينهما شائعا قال ولكل واحد من المفاوضين يعني بيان
ما يجوز للشريك شركة مفاوضة او عنان ان يفعل وان لا يفعل

قال ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستاجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه

والتحصيل بالربح فانه مبتدا دونه خبره اي الابضاع اذ يحصل بالابضاع وهو ادنى حالا من الاستيجار لعدم المؤنة في الابضاع اي تحصيل العمل الذي يحصل منه الربح بغير عوض وهو الابضاع الادنى لوجوب الاجر على العمل فانه اعلى من الابضاع كان اولى ان يملك الادنى ولانه لو استاجر من يتصرف في مال الشركة جاز ذلك منه على شريكه فاذا وجد من يتصرف بغير اجر كان له ان يبضعه بالطريق الاولى

يجوز له ان يبضع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جار العمل به ولان له ان يستاجر على العمل لتحصيل الربح بلا خلاف وكل ما جاز له ان يستاجر لتحصيل الربح جاز له ان يبضع لان الاستيجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه وكان الاستيجار اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا وان يدفعه مضاربة لانها دون الشركة الا يرى انه لا شيء على المضارب من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادا بعقد الشركة لانها دون الشركة فيتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه اي عقد المضاربة نوع شركة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة والاول اي جواز الدفع مضاربة اصح وهو رواية الاصل لان الشركة بعينها في المضاربة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه احد الشريكين كما لو استاجر اجيرا ليعمل فانه يجوز قولا واحدا فهذا اولا لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستاجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جاز له ان يكاتب عبده والعبد المأذون له

قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استاجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل

٣٨٨

قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشرى من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف التوكيل بالشرى حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده

جاز ان يأذن لعبده فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما اطلق في الكسب واسبابه وهذا من اسباب الكسب المطلقة لهما لا انه من المستتبعات وان يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بان الحكم الثابت مقصودا اعلى حالا من الثابت في ضمن شيء اخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي يثبت وكالته في ضمن الشركة كيف جاز له توكيل غيره واجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والغرض وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان وقوله لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشرا لان المقبوض على سوم الشرا قبض لاجل ان يدفع الثمن وقوله والوثيقة احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل الوثيقة قال واما شركة الصنائع كلامه ظاهر وقوله ولا يفيد مقصودهما اي مقصود الشريكين وهو التثمير وهو في بعض النسخ لا يفيد مقصودها اضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بعقد الشركة وقوله ولا يشترط فيه اي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رح فانه ان اتفقت الاعمال كالقصارين اشتركا او صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يحصل ما هو مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن

قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة

بانه اذا ... الجواب المشهور ... اقول ... ثم اقول فيه بحث

باذني ... وهو تلبس الشريكين

[illegible]

قال وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل فالخياطان والصباغان يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لأن هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لأنه لا بد من رأس المال وهذا لأن الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا صح

بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما أما الأول فلأن التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لأنه لا يتعين على المتقبل إقامة العمل بيده بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثاني فلأن أحد الشريكين لو عمل في دكان والآخر في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فإن قيل قد تقدم أن من الأنواع المترتبة على أصل زفر وأن فيه في مسئلة الخلط أن شركة التقبل لا يجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك في جوازها إذا كانت الأعمال متفقة أجيب بأن زفر رح في هذه المسئلة أعني الخلط قولان فذكر المص في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكر هيهنا حكم الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى بحسب ظاهره متناقضا وقوله ولو شرطا العمل نصفين أي إذا شرطا في شركة التقبل ولم تكن مفاوضة أن يكون العمل نصفين والربح أي حصل أثلاثا جاز استحسانا والقياس أن لا يصح لأن الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه أي إلى ربح ما لم يضمن وصار كشركة الوجوه فإن التفاوت فيها في الربح لا يجوز إذا كان المشترى بينهما على السواء وأما إذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت في الربح في شركة الوجوه أيضا وقوله ولكنا نقول جواب وجه الاستحسان أن ما يأخذه كل من الشريكين ما يأخذه ليس ربحا لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب لب وي قيمته عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس

ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يتحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة

قال وما يتقبله

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى أن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع إليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان

عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لأن رأس المال عمل والربح مال وكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فإذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما قوم ولا يحرم لأنه لم يأخذ ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت أو دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله وربح ما لم يضمن تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح لكان ربح ما لم يضمن وذلك لا يجوز إلا في المضاربة وإنما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز وقوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه وقوله ويبرأ الدافع بالدفع إليه أي يبرأ دافع الأجرة إلى كل واحد من الشريكين فيجوز أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع إليه أي إلى صاحب الثوب مثلا لو أخذ أحد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا إلى صاحبه برئ من الضمان وقوله وهذا إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر في المفاوضة وفي غيرها وهو العنان استحسان أي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة من ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وإن لم يذكر وإنما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت منها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره ووجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا يرى أن ما يتقبله كل واحد منهما

وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل

قال وأما شركة الوجوه

قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل

قال وكل واحد الخ

من العمل مضمونا على الآخر ولهذا اى ولكون العمل مضمونا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبل المتقبل صاحبه عليه ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك جرى هذا العقد مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد جريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن اشنان وصابون او اجر اجير او اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة ويلزم خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة

قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه وهي ان يشترك الرجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما اى بوجاهتهما وامانتهما عند الناس صحيحة عندنا على هذا اى على كونهما يشتريان بوجوههما سميت شركة الوجوه لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه ح يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الابدال اى الثمن والمثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفان ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه كما تقدم واذا اطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي اى شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رح والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهو ان الربح عنده فرع المال فما لم يوجد المال لم ينعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد

قال وكل واحد منهما وكيل للآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتتعين الاول فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا الخ

وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان ورب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الخ

وقوله ولا يجوز ان يتفاضلا فيه اى في الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما وقوله وهذا اشارة الى حكم المساواة في اشتراط الربح وقوله بالنصف قيد اتفاقي فانه يجوز ان يلقي باقل من النصف ولا يستحق بما سواها فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة اجيب بان اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا وقوله الا ترى توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها وقوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه عود الى البحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل وقوله على ما بينا قبل هو اشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ وتقدير كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها لما ذكرنا من وجود مقابلته بالمال والعمل والوجوه اى شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين واما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها

واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها

فصل الخ

ولو وقيل اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه اول فيه بحث فان الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل

فصل في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان

قيل فيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالوجوه في العنان لان العنان شبيه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح ما لم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن والجواب ان العنان بالوجوه لو كان مؤديا الى ربح ما لم يضمن فقط لاغتفرناه لكن انضم الى ذلك جهالة راس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اعتباره حتى يلحق به وهذا الجواب يترع الى تخصيص العلة فان كان يلزم مساغا ويصار الى المخلص المعلوم في الاصول

فصل في الشركة الفاسدة

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتاخيره عنه لا يخفى على احد وكلامه واضح وقوله لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعي ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل وهو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقرير الثاني التوكيل باخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون امر الموكل ومن يملك شيئا بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون امره لئلا يلزم اثبات الثابت ونوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون امر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح ان يكون نائبا عن الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون امر الموكل بلا عقد وصورة النقض ليست كذلك

فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل به لوجود السبب منه وان عمل احدهما

فانه لا يعلم

وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه **قال** واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل واما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو الراوية او البغل بعقد فاسد فيلزمه اجره

فانه لا يملكه بالشراء وقوله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه اي في كتاب الشركة من المبسوط قيل تقدم ذكر محمد على ابي يوسف في الكتاب وكذا تقديم دليل ابي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على انهم اختاروا قول محمد ووجه قول ابي يوسف انه رضي بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المآل وكانت جهالته على شرف الزوال فانه بوضعه ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد انه لا يمكن تقديره اي تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدري اي نوع من الحطب او لا يجد ان فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف المسمى من الحطب او بجزء لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ فههنا اولى لانهما اصابا وقوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية الرواية في الاصل بعير السقاء لانه يروي الماء اي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزادة وهي المزادة فههنا قال ابو عبيدة المزادة لا تكون الا من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد وقوله لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره فيه نظر لان الربح عندنا فرع العقد كما مر وكل فرع تابع وكونه تابعا انما هو مذهب الشافعي كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم يصلح لاضافة الحكم اليها يضاف

وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر راس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما قررنا والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما

وأمّا دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه أنّ الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب عليه فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار

سنفه ثم ضمن الوكيل فإن علم باداء الموكل فهو ضامن وإن لم يعلم لم يضمن شيئا فقد فرق هنا بين العلم وعدمه مع انه حصل العزل الحكمي هنا ايضا باداء الموكل واجيب بأنّ الوكيل كقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدّى مضمونا على القابض على ما هو الاصل لأنّ الديون تقضى بامثالها وذلك يتصوّر بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما ثم فيه النوع الذي هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل يجهل باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لأنه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه إن كان هالكا وهنا لو لم يوجب الضمان ادّى الى الحاق الضرر بالموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير والتضمينه والضرر مدفوع فلهذا اوجب الضمان لكل حال واعترض عليه ايضا بأنّ زكوة كل واحد يسقط عنه بعد ادائه فيترتب عليه عزل وكيله وكان ما يؤدّى عنه الوكيل لم يكن لسقوط الزكوة من موكله فلم يوجب عزل الوكيل من الاداء واجيب عنه بأنه امره باداء الزكوة عنه في حال استوار الزكوة على الدم وعند ما يؤدى الموكل من نفسه الزكوة الحالة حالة زوال الزكوة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة انها حالة استوار الزكوة فكان اداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا للامره لذلك ضمن وقوله وأمّا دم الاحصار جواب من قولهما فصار كالمأمور بذبح دم الاحصار وتوضيحه انا لا نسلم أنّ المأمور بذبح الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلّمنا انه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أنّ دم الاحصار ليس بواجب البتّة لانه لو صبر الى ان يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن

ولا فرق بينما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لأنه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي

فصل

وليس لواحد الشريكين أن يؤدّي زكوة مال الآخر الا باذنه لأنه ليس من جنس التجارة فإن اذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدّي زكوته فادّى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الأول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا ادّيا على التعاقب أمّا اذا ادّيا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الخلاف المأمور باداء الزكوة اذا تصدّق على الفقير بعد ما ادّى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأنّ في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم او لا ولأبي حنيفة رح

الشرط والريع عبارة عن الزيادة يقال اربحت الارض ريعا اي غلّة لأنّ زيادة وقوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره في باب احكام المرتدين في قوله وإن لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه الى قوله ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في احكام الاسلام الاخره وقوله لأنه اي الموت عزل حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل حكمي لتحول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا ترى أنّ الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته وقوله واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أنّ الوكالة قد تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع واجيب بأنّ الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا يصح الشركة بدون الوكالة اشار المصنف رح الى ذلك انفا بقوله ولا بدّ منها اي الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله ولأنه اي الفسخ عزل قصدي فيتوقف على العلم

فصل

لما كانت احكام هذا الفصل ابعد من مسائل الشركة من قبل انها ليست من مسائل التجارة اخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى الشرح سوى ما نذكره قوله وأمّا اذا ادّيا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه يعني عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقوله لأنّ الظاهر انه لا يلتزم الضرر يعني اداء بعض ماله على يد الوكيل الا لدفع الضرر اي بقاء الواجب في ذمته وقوله لأنه عزل حكمي اعترض عليه بأنه ينتقض بالوكيل بقضاء الدين فإنّ هناك اذا قضى الموكل

ولأبي حنيفة رح انه مأمور باداء الزكوة والمؤدّى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لأنّ المقصود من الامر اخراج نفسه من عهدة الواجب لأنّ الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعرى اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لأنه عزل حكمي

وأمّا دم

قال وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوة وهذا لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله أن ح

أمرا مقصودا فلم يمكن أن يقال إن المقصد حصل بفعل المجبر قبل فعل المأمور فنوى فعل المأمور عن المقصد بخلاف أداء الزكاة فإنه واجب وكان إسقاط الواجب أمرا مقصودا وقد حصل هذا المقصد بأداء الآمر نفسه فنوى فعل المأمور عن المقصد فيضمن وقوله وإذا أذن أحد المتفاوضين صورة المسئلة ظاهرة وتوجيه دليلهما أنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وقوله وهذا بيان لقوله أنه أدى دينا عليه خاصة لأن الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولأبي حنيفة أن الجارية دخلت في الشركة على البتات وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وأدى المشتري ثمنه من مال الشركة لا يرجع عليه صاحبه بشيء كما لو اشتراها قبل الإذن وأدى ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله جريا على مقتضى الشركة أي شركة المفاوضة فإن ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لأنهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها ألا يرى أنهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فإن قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطئها أجيب بأنه كان يحل وطئها إذ وهبه نصيبه بغير الشراء بغير إذن وقوله غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه استثناء من قوله فأشبه حال عدم الإذن فإنه كان مما يوهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الإذن وهناك لا يحل وطئها وبعد الإذن يحل

وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء

لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

فأزال ذلك بقوله غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع يعني لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكر آنفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن فكأنه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت الهبة في الشائع لأن الجارية مما لا تنقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد وكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا أنها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد رح والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض وهو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة حكما للإذن بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما للإحلال فإن من قال لغيره أحللت لك وطء هذه الجارية لا يصير ملكا للمحلل له طب حكما للهبة بالإحلال والجواب عن الأول أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لأنه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني أن المصنف أشار إلى ذلك بقوله في ضمن الإذن وجاز أن يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا وقوله وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ظ

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصد بكل منهما الانتفاع بما يزيد على الأصل المال وهو مصدر

كتاب الوقف قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية

وقفت الدابة وقوفا ووقفتها انا يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا واوقفتها لغة ردية وعرفه شمس الائمة السرخسي بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسبيله الزكوة وشرطه كون الواقف حرا عاقلا بالغا وكون المحل غير منقول وركنه قول الواقف ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف اي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح وما عرفه به ابو حنيفة رض يقتضي ان لا يصح الوقف لانه التصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح قوله وهو راجع الى قوله فلا يجوز الوقف اصلا وهو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط ولكنه نقله بمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط قال ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال ومراده انه لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده كالعارية بصرف المنفعة الى جهة الوقف ويبقى العين على ملك الواقف فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بان يقول اوصيت بغلة داري فح يلزم ح وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تع على وجه يعود المنفعة الى العباد فيلزم لا يباع ولا يورث وقوله واللفظ اي لفظ الوقف ينتظمهما اي يتناول ما قال ابو حنيفة رح وهو حبس العين على ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على ملك الله تع انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله لهما قول النبي عم لعمر رض روى صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب رض كان له ارض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال عمر

وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تع فيزول ملك الواقف عنه الى الله تع على وجه يعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الى ح

ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تع اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تع وعن شريح رح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا يرى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه ح

يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس أفأتصدق به قال تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رض في سبيل الله تع وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف او يوكل صديقه غير متمول عنه وهذه الارض كانت سهم عمر رض بخيبر حين قسم رسول الله عم خيبر بين الصحابه رض وثمغ لقب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة وقوله اذ له نظير في الشرع وهو المسجد لبيان نفي استبعاد ان يخرج من ملك الواقف ولا يدخل في ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو ازالة لذلك البقعة عن ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولكنها يصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف ولابي حنيفة رح قوله عم لا حبس عن فرائض الله تع اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون ان الشرع ابطل ذلك ولكنا نقول ان النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وقوله جاء محمد عم ببيع الحبيس يدل على ان لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقوله كالسائبة هي الناقة التي تسيب للنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري او برئت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه ان الوقف بمنزلة تسييب اهل الجاهلية من حيث ان العين لا يخرج من ان يكون مملوكا له منتفعا بها فانه لو سيب دابته لم يخرج

ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعله خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تع

قال رضه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي رح هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

واذا كان ح

من ملكه فكذلك اذا وقف ارضه او داره وقوله بخلاف الاعتاق جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لاحد وقوله بخلاف المسجد جواب عن قياسهم الوقف على المسجد وقوله قال في الكتاب يعني مختصر القدوري رح لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم ويعلقه بموته صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه وقوله فالصحيح انه لا يزول ملكه يعني ان المشايخ اختلفوا على قول ابي حنيفة رضه فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت اخراج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على ان مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك ولانه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها كذلك الا اذا بقي اصل الموقوف على ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى اي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء واما المحكم وهو الذي يفوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق الخصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى واما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح انه ينفذ لكن لا يفتى به وقوله قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف على مذهب ابي حنيفة رضه بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي رح في مختصره وقد روى محمد عن ابي حنيفة رح ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على اصوله وقال المصنف رح

واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك للاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا صح

قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضه وقوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره

قال ولو وقف ح

الصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رضه لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وقوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه اي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التمليك من الله قصدا فيأخذ التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض وقوله فينزل منزلة الزكوة والصدقة يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكوة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم الى الفقير قال واذا صح الوقف على اختلافهم اي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من انه يصح عندهما لا يصح عند ابي حنيفة على ما هو الملفوظ في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول ابي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له اخراجه عن ملكه كسائر املاكه ولما انتقل الى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره اعترض عليه بانه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول ابي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف واما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يبقى شرط في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط ان يصرف غلته الى كذا او جعل ارضه مسجدا

قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رح لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رح لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رح ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف رح لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح بان يقبر الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف

بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في مثله ملكه غير صحيح والجواب عن الاول ان ما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبيل هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا تستلزم اللزوم وكان القول بخروج الوقف من ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول ابي حنيفة رح الا اذا حكم الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف من ملك الواقف قول الكل سلمنا ان الصحة ههنا بمعنى اللزوم لكن لا يلزم من اللزوم الخروج من ملك الواقف عند ابي حنيفة لان الوقف عنده موقوف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع من الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه الا يرى ان القربان يصير بالاراقة لله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فيجوز ان يكون امر الوقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره واما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام وفيه سواء العاكف فيه والبادي فعلمنا ان الله تعالى لم يرد التخصيص الا الذي جعله مسجدا والحقه بالمسجد الحرام والكعبة وقوله لان القسمة من تمام القبض بيانه ان القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة وقوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رح لا خلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في ان اصل القبض شرط اولا فعند ابي يوسف ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد شرط فكذا تمامه واما فيما لا يقسم فمحمد ايضا يجوزه ويعتبره بالهبة والصدقة المنفذة اي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة فهي ما نحن فيه

بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة

قال ولا يتم

قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع

وقوله الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها اما قبلها فلان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما يجيء واما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الموضع غير صالح لذلك لصغره فبقي ان يكون بطريق المهاياة وهي فيهما في غاية القبح الى آخر ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح لا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل ان يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حينئذ وجد وامثلا وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع مثل ان يقف على اولاده او على امهات اولاده جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التمليك فانه يتأبد كالعتق فموجب الوقف تأبيده واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه اي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع فقيل في كلام المص تناقض على قول ابي حنيفة لانه ذكر في اول كتاب الوقف ان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال لهما ان موجبه زوال الملك واجيب بان هذا قول محمد ورواية عن ابي حنيفة والمذكور في اول الكتاب هو قول ابي حنيفة في رواية اخرى فيكون عنه في

وعند ابي يوسف رح ان المقصد هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع
ومرة بالصرف الى جهة تتابد فيصح في الوجهين وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف لا يشترط
ذكر التابيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئة عنه لما ذكرنا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا
قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رح ذكر التابيد شرط لان
هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك
قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه
لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ولا
يجوز وقف ما ينقل ويحول **قال** رض
وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة
ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا
سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض
في تحصيل ما هو المقصد وقد يثبت من
الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب
في البيع والبناء في الوقف ومحمد رح
معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول
بالوقف عنده فلان يجوز الوقف
فيه تبعا اولى
وقال محمد رح

في المسئلة روايتان وقيل راد ههنا اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه
في تخريج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا اوضح واقول هذا
ليس بمناسب لما تقدم من قول المص يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي
سبق ذكره سهو ولابي يوسف ان المقصد من الوقف هو التقرب الى
الله وهو موفر عليه فيما اذا جعل جهة تنقطع لان التقرب تارة في الصرف
الى جهة تنقطع واخرى الى جهة متابد فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت
الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا
ولقائل ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن ابي يوسف لانه قال
وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على ان التابيد شرط والجواب
ان المروي عن ابي يوسف امران احدهما انه لا يشترط التابيد اصلا و
الثاني انه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمص اشار الى القول
الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل
ان التابيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله وهذا
على الارسال اي ما ذكره القدوري من قوله ولا يجوز وقف ما ينقل و
يحول على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا او غيره تعاملوا فيه اولا
قول ابي حنيفة والاكرة جمع اكار وهو الزراع كانها جمع آكر تقديرا
وقوله والبناء في الوقف اي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء
كوقف الخانات والرباطات وقوله لانه لما جاز افراد بعض المنقول
يعني منه غير ان يجعل تبعا للشيء كما في المتعارف مثل الفاس والقدوم و
المر عنده اي عند محمد فلان يجوز الوقف اي وقف المنقول تبعا
اولى والمراد بالكراع ههنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله لما تبناه قبل

وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس
ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الاثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادراعا وافراسا له
في سبيل الله تعالى وطلحة رض حبس دروعه في سبيل الله ويروى اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب
يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد رح انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم
والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف
وعند ابي يوسف

وعند ابي يوسف رح لا يجوز لان القياس قد يترك بالنص والنص ورد في الكراع
والسلاح فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء
وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة
واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا
وقال الشافعي

يعني ما مر ان من شرطه التابيد والتابيد لا يتحقق في المنقول والمراجل
قدور النحاس وقوله الحاقا لها بالمصاحف يعني ان وقف المصاحف
صحيح فكذا الكتب ذكر في فتاوى قاضي خان اختلف المشايخ في وقف
الكتب جوزه الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى وقوله كل ما يمكن الا
الانتفاع به مع بقاء اصله احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع
الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهي الثمنية لا يمكن الا مع بقاء
اصله في ملكه وقوله ويجوز بيعه احتراز عن حمل الناقة والجارية فانه
لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده ايضا ولنا ان الوقف في المنقول لا يتابد
وهو ظ وما لا يتابد لا يجوز وقفه لان التابيد لا بد منه على ما بيناه
فصار المنقولات كالدراهم والدنانير وقوله بخلاف العقار جواب
عن اعتباره بالعقار وقوله ولا معارض من حيث السمع جواب عن قوله
فاشبه الكراع والسلاح ووجهه ان الاصل ان لا يجوز وقف الكراع
والسلاح ايضا كالدراهم الا انا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع
وقوله ولا من حيث التعامل جواب عما يقال ترك الاصل في الكراع
بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المر والقدوم وغيرها فليكن
صورة النزاع مقيسة على ذلك ووجهه ان لهما معارضا من حيث
التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبد والاماء والثياب و
البسط وامثالها فيبقى على اصل القياس وقوله وهذا استظهار على
ان الحاق غير العقار بالكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما ليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل اقوى
من القياس مجاز ان يترك به **قال** واذا صح الوقف لم يجز بيعه

وقال الشافعي رح كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار
والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتابد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار
ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتابد والجهاد
سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما
قال واذا صح

قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أنا في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِما ومقاسَما ولو كان في

أي إذا لزم الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته فقوله إلا أن يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع إلخ أما امتناع التمليك فلما بينا يعني ما روي من قوله عليه السلام تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب وما ذكر من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة إلخ وقوله وأما جواز القسمة ظ وقوله وهو الذي يقاسم أي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله خالص صفة عقار أي لو كان عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون القاسم هو الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالِبا ومطالَبا فإن مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالِبا ومطالَبا وهو لا يجوز فرفع أمره إلى القاضي ليقاسم أو يبيع نصيبه الباقي من الرجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم في القسمة أو تراضيا على ذلك فإن إدخال الدراهم في القسمة لا يجوز إلا بالضرورة أو بالتراضي على ما سيأتي في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها فإن كان الأول لم يجز لأنه يبيع بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الثاني جاز لأنه حينئذ يشتري شيئا بمقابلة الدراهم ويلحقه وهو جائز وقوله لأن الخراج بالضمان بهذا اللفظ الحديث وهو من جوامع الكلم والإجارة معاني جمة جرى مجرى المثل و

ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وإن أعطى جاز ويكون بقدر الدراهم مشتريا

قال والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها

ولو كان الوقف

ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست مستحقة له والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفه إلى شيء آخر إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة

قال وإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته

فإن امتنع

استعمل في كل مقدر بمقابلة منفعة ومعناه ههنا أن غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم أي لا يقدر المتولي بهم لعدم تعينهم وعسرتهم وأقرب أموالهم إلى المتولي هذه الغلة فتجب فيها وقوله ولو كان الوقف على رجل بعينه ظ وقوله ولا يؤخذ من الغلة يعني ضمنا لأنه قال فهو في ماله أي مال شاء وهذه الغلة أيضا من ماله فلو لم يقيد بذلك يناقض كلامه وقوله ولو كان الوقف على الفقراء يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لا يصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة لم يكن في ابتداء الوقف بل يصرف إلى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والأول وهو أن يكون بناء الثاني مثل الأول لا زائدا عليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وإن وقف دارا على سكنى ولده ظ وقوله والأول أولى يريد به إجارة الحاكم وعمارتها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى والثاني هو ترك العمارة وتستفيد ذلك بقوله لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا وقوله في حيز التردد بيانه أن الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون لنقصان ماله في الحال ولرجائه إصلاح القاضي وعمارته ثم رده إليه وقوله ولا تصح إجارة من له السكنى إضافة المصدر إلى فاعله وهذا لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستأجر فإن له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيحت له المنفعة ولهذا لم يقم العين مقام المنفعة

فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك

قال وما انهدم

قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته
فيصرفه فيها لانه لابد من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا
امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصد وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة
صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم
فيه انما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه
او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رح

قال رضه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه
وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز
عند ابي يوسف ولا يجوز على قياس قول
محمد رح وهو قول هلال الرازي وبه
قال الشافعي رح

في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره
قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته قال صاحب النهاية قوله
وآلته يحتمل ان يكون مجرورا بالعطف على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف
بان يبلى خشب الوقف وقد ويحتمل ان يكون مرفوعا بالعطف على ما
الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الآلة والنقض
بضم النون المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير وقوله ولا يجوز
على قياس قول محمد بناء على ان التسليم الى المتولي شرط عنده ولم يوجد قال
الصدر الشهيد الفتوى على قول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف
وقوله فقد قيل يجوز بالاتفاق هو رواية المبسوط والذخيرة و
التتمة وفتاوى قاضي خان وهذا على اصل ابي يوسف فانه لو شرط
بعض الغلة او كلها لنفسه في حال حياته جاز فلامهات اولاده اولى
واما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه فاشتراطه
لامهات اولاده في حيوته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكن جوز ذلك
استحسانا للوقف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته
فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حياته ايضا تبعا
لما بعد الوفاة وقد قيل على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته
اي اشتراط صرف غلة الوقف لامهات اولاده ومدبريه وذكر الضمير
تغليبا للمدبرين على امهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراطه صرف الغلة
لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند ابي يوسف فكذا يجوز
اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة الى امهات
اولاده ومدبريه وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق

الذي

وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط
البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف
وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل
يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن في حيوته كاشتراطه لنفسه
وجه قول محمد ح

وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه البعض لنفسه او الكل يبطله لان التمليك
من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف ما روي ان النبي عم
كان ياكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة
الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه
لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز
كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه
مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب
منه او يدفن فيها ولان ح

الذي قدمناه اي بطريق التوقف الى الله تعالى فاشتراطه الكل او البعض
لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة
فانه لا يجوز ان يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون
بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطفا على
قوله كالصدقة المنفذة ومعناه ان جعل بعض المسجد لنفسه كان مانعا من
الجواز في الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه وقوله ولابي يوسف
ما روي ان النبي عم كان ياكل من صدقته ذكر الحديث شيخ الاسلام في
مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط
بالاجماع فدل على صحته وقوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف
عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا بقوله لهما ان موجب
الوقف زوال الملك بدون التمليك واما قوله ولابي يوسف ان الوقف
القرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه
القربة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك
جاز عند ابي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد الوقف
جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يوثر في المنع من زواله والوقف يتم
بذلك ولا ينعدم به معنى التابيد في اصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى
الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به
او شرط ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح
فهذا مثله ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز
الوقف والخيار عند ابي يوسف بناء على توسعة كما مر وعند محمد الوقف
باطل وانما قيد بقوله ثلثة ايام ليكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت

ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال النبي عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط
الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف جائز
والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رح وعند
محمد الوقف باطل وهذا بناء ح

وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب
وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال
مشايخنا رحمهم الله الاشبه ان يكون هذا قول محمد رح لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف
فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له
الولاية وغيره يستفيد الولاية منه

ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ولو اعتق

مجهولة لا يجوز الوقف على قول ابي يوسف ايضا وقوله وهذا اي الخلاف
بناء على ما ذكرناه اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند ابي يوسف
فانه لما جاز ان يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حيا فكذلك يجوز
اشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام ليروي النظر فيه وعند محمد لما لم يجز ذلك لم يجز
اشتراط الخيار ايضا وبهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما لم يصح الوقف
بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا بابطال الخيار بعد ذلك
لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا وشرط الخيار يمنع التابيد وكان شرط
الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد وكان المفسد قويا فقوله واما
فصل الولاية فقد نص فيه اي فقد نص القدوري في فصل الولاية
الجواز على قول ابي يوسف بقوله واذا جعل الواقف الى قوله جاز عند
ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه
وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط
لم يكن له ولاية وهذا الظاهر لا يستقيم على قول ابي يوسف لان له
الولاية شرط او سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي
شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه
وهو يمنع التسليم الى المتولي فلهذا اوله بعض مشايخنا وقالوا
الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الا انه
ومعناه اذا سلم الى المتولي وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه
كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولي والدليل على ذلك ما ذكره محمد
في السير اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له الولاية بعد
ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف

ولو اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف
غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينتزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط
ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

فصل واذا بنى

فصل واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه
واحد زال عند ابي حنيفة رح عن ملكه اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من
التسليم عند ابي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام
تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي

فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضي خان وهذه المسئلة بناء على ان
عند محمد التسليم الى المتولي شرط لصحة الوقف فلا يبقى له ولاية بعد
التسليم الا ان يشترط الولاية لنفسه اما على قول ابي يوسف فالتسليم
الى المتولي ليس بشرط وكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية
لنفسه وقوله ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته استدلال
لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه
الباقي ظاهر لا يحتاج الى الشرح **فصل** فصل احكام المسجد عما قبله
بفصل على حدة لمخالفة احكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى
المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند ابي يوسف وخروجه عن ملك الواقف
عند ابي حنيفة رض وان لم يحكم به الحاكم فرق ابو حنيفة رح بين الوقف
والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا
الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان يرجع فيه
ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس و
الصدقة فاذا قال وقفت فكانه قال حبست العين على ملكي و
تصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصدق
بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به او اضافه الى ما بعد الموت كان
لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب
البقاء على ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كما لو ازال
بالاعتاق في كلامه واضح وقوله وعن محمد انه يشترط الصلوة فيها
بالجماعة وهو رواية عن ابي حنيفة رض ايضا ويشترط مع ذلك ان يكون
الصلوة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان او اقامة

ثم يكتفي بصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه
يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا
لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار
كالاعتاق وقد بيناه من قبل

قال ومن جعل

قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله فله أن يبيعه وإن مات
يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس
وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل
دون العلو وعن محمد رح على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن
أبي يوسف أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد أنه حين دخل الري
أجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك
إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن
للناس بالدخول فيه فله أن يبيعه
ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون
لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه
محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر
مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه
فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح أنه
لا يباع ولا يوهب ولا يورث
اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف
أنه يصير مسجدا لأنه لما رضي بكونه
مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق
دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما
يدخل في الإجارة من غير ذكر ج
قال ومن

أي إذا جعل العلو مسجدا أو العلو دون السفل مسجدا لم يصح

سرداب لا يصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد رح فإن أذن لرجل واحد وأقام وصلى
وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن صلوته على هذا الوصف كالجماعة
وقوله وقد بيناه من قبل إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف
عند أبي حنيفة ومحمد رح بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون
التمليك وأنه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سرابة
وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وقوله فله أن يبيعه أي لا يكون
مسجدا وهو ظاهر الرواية لأن المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال الله تعالى
وأن المساجد لله أضاف المسجد لذاته مع أن جميع الأماكن له
فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله ومع بقاء حق العباد في أسفله
أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص وقوله وعن أبي يوسف أنه جوز في الوجهين
يعني فيما إذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت وعن محمد رح أنه أجاز
ذلك كله أي ما تحته سرداب وفوقه بيت أو مستغل أو دكاكين
وإنما ذكر قول محمد رح بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد رح
مع أن هذين القولين منهما في الحكم سواء ليتبين بأن ما ذكر لكل واحد منهما
من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولأنه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل
في قول محمد رح وقوله لما قلنا يعني من الضرورة قال وكذلك
إن اتخذ وسط داره مسجدا أي وسطا بالسكون لأنه اسم مبهم
لداخل صحن الدار لا للشيء معين من طرفي الصحن وكلامه واضح ولأنه
أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم
صار مسجدا وقوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه
على بناء المفعول يبقى مسجدا عند أبي يوسف رح إلى أن قال وعند محمد رح

قال ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى
وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق
ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد يعود
إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه
إذا استغني عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش إنه ينقل إلى مسجد آخر
قال ومن بنى ج

يعود

قال ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك
حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رح لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به ويسكن في الخان وينزل
في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف
على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند أبي يوسف يزول ملكه
بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس
بشرط والوقف لازم وعند محمد إذا
استقى الناس من السقاية وسكنوا
الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال
الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط
تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى
بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى
هذا البئر والحوض ولو سلم إلى المتولي
صح التسليم في هذه الوجوه لأنه نائب
عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل
المنوب عنه وأما في المسجد فقد قيل
لا يكون تسليما لأنه لا تدبير للمتولي فيه
وقيل يكون تسليما لأنه يحتاج إلى من
يكنسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه
صح تسليمه إليه
والمقبرة في ج

يعود إلى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسألة مبنية
على ما بينا فإن أبا يوسف رح لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة
فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء وإن ترك الناس الصلوة فيه
لا يخرج من أن يكون مسجدا ومحمد يشترط في الابتداء إقامة الصلاة
فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء إذا ترك الناس الصلاة فيه
بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدا وحكي أن محمدا رح مر بمزبلة فقال
هذا مسجد أبي يوسف رح يريد به أنه لما لم يقل بعوده إلى ملك الباني
يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر أبو يوسف رح بإصطبل فقال
هذا مسجد محمد يعني أنه لما قال بعوده ملكا فربما يجعله المالك إصطبلا
بعد أن كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه
بما أشار إليه استدل أبو يوسف رح بأنه سقط ملكه في ذلك المقدار
فلا يعود إلى ملكه واستظهر بالكعبة فإن في زمان الفترة قد كان
حول الكعبة عبدة الأصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون
موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد و
محمد رح يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا إلى قربة بعينها فإذا
انقطع ذلك عاد إلى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد
وحصيره إذا استغني عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش
ينقل إلى مسجد آخر وقوله ومن بنى سقاية أو خانا وقوله
بخلاف المسجد يعني أن حكم الحاكم والإضافة إلى ما بعد الموت ليس
بشرط في المسجد وقوله وذلك بما ذكرناه أي التسليم يحصل بالاستقاء
والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة

والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم
إلى المتولي لأنه لو نصب المتولي يصح وإن كان بخلاف العادة ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى و
المعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل
غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة
تحل للفقراء دون الأغنياء
وفيما سواه ج

وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه

التسوية بينهما

ثم الجلد الاول من الهداية

وقوله في هذه الوجوه اي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله ويكتفي بالواحد ظ وقوله يسكني لحاج بيت الله تع اي حاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تع سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ويقال رابط الجيش اقام في الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا والله تع اعلم بالصواب

ثم الجلد الاول من العناية في شرح الهداية بحمد الله تع وعونه وحسن توفيقه في شهر رجب المرجب لسنة احدى وثلثين والف على يد العبد الفقير لمحمد بن محمد الحاج تيمور المورو ... من قلعة انابولي بمحمية قسطنطينية في مدرسة قهريه

وقف كتبي المصنف ... اخر الكتاب الوقف وقدم الكتاب بتوفيق الوهاب في ذي الحجة سنة خمس وسبعين وخمسمائة تاريخه

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله ربه ذي المواهب
محمد ... الصدر ...
١١٧٥